

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO E O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE: LEVANDO A SÉRIO OS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS

BRAZILIAN FEDERAL SUPREME COURT AND THE CONTROL OF CONVENTIONALITY: TAKING THE HUMAN RIGHTS TREATIES SERIOUSLY

*André de Carvalho Ramos**

Resumo:

O presente artigo visa analisar o novo papel dos tratados internacionais de Direitos Humanos após a edição da Emenda Constitucional n. 45 à Constituição do Brasil, que introduziu o novo parágrafo terceiro do art. 5º. Para tanto, o artigo analisa o chamado controle de convencionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal, enfocando vários casos nos quais os tratados de Direitos Humanos foram interpretados pelos tribunais brasileiros de acordo com a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Palavras-chave: Direito Internacional. Tratados de Direitos Humanos. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Supremo Tribunal Federal. Controle de Convencionalidade. Bloco de Constitucionalidade.

Abstract:

This article aims to analyze the new role of the international human rights treaties in Brazil, in view of the Constitutional Amendment 45, which introduced the new paragraph third of the Constitution fifth article. To achieve this, the article analyses the so-called control of conventionality, exercised by the Brazilian Federal Supreme Court, focusing some trials in which the human rights treaties were interpreted by the Brazilian Courts using the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights.

Keywords: International Law. Human Rights Treaties. Inter-american Court of Human Rights. Federal Supreme Court. Control of Conventionality. Constitutionality Block.

1. Introdução: o estabelecimento do “controle de convencionalidade aplicado” das normas internas e a Emenda Constitucional n. 45, de 2004

A Emenda Constitucional n. 45, de 8 dezembro de 2004 (EC 45/04), que introduziu o parágrafo 3º do art. 5º da Constituição Federal (CF/88),¹ estimulou a revisão da jurisprudência do STF sobre os tratados internacionais de Direitos Humanos.

* Professor Associado do Departamento de Direito Internacional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Procurador Regional da República.

¹ *In verbis*: “Os tratados e convenções internacionais sobre Direitos Humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

Assim, vários ministros do STF adotaram novos padrões hermenêuticos sobre o estatuto interno dos tratados de Direitos Humanos, formando recente maioria e modificando a visão tradicional de outrora, que os via apenas como equivalentes à lei ordinária federal, sujeitos à suspensão de eficácia caso surgisse lei posterior em sentido contrário.

Esta visão tradicional no STF considerava que

[...] Os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa.²

Consequentemente, não havia a prevalência automática dos atos internacionais em face da lei ordinária, já que a ocorrência de conflito entre essas normas deveria ser resolvida pela aplicação do critério cronológico (a normatividade posterior prevalece – *later in time*) ou pela aplicação do critério da especialidade.³

No caso de tratados internacionais de Direitos Humanos, o STF já havia mantido a mesma posição vista acima na análise da *Convenção Americana de Direitos Humanos*, incorporada internamente em 1992.⁴ Com efeito, no tocante à prisão por dívida, expressamente proibida pela *Convenção Americana de Direitos Humanos* em seu art. 7º, item 7 com a exceção da obrigação alimentar,⁵ decidiu o STF que o dispositivo mencionado deveria ser subordinado ao texto constitucional brasileiro, que, em seu art. 5º, inc. LXVII, menciona, além da obrigação alimentar também permitida por esta Convenção, a hipótese do depositário infiel.⁶ Neste caso da prisão civil do depositário infiel, mencione-se o

² Ver ADI-MC 1.480. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 04/09/1997. Publicado em 18/05/2001.

³ Na realidade, esta é a posição atual do STF, consolidada após o julgamento do RE 80.004 de 1977. Como ensina Araminta Mercadante: “[...] nas decisões mais recentes, o Supremo Tribunal Federal vem contrariando a doutrina dominante entre os internacionalistas brasileiros, no sentido de considerar o tratado internacional quanto aos seus efeitos equiparável à lei federal, e dentro dessa interpretação decidir que os tratados revogam as leis anteriores que lhes sejam contrárias, mas podem ser revogados pela legislação posterior”. Cf. MERCADANTE, A. de A. *Processualística internacional e a Constituição de 1988*. In: CASELLA, P. B. (Coord.) *Contratos internacionais e o direito econômico no Mercosul*. São Paulo: LTr, 1996. p. 487.

⁴ Decreto legislativo n. 27/92 e promulgada pelo Decreto executivo n. 678/92.

⁵ Art. 7, 7: “Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”.

⁶ Assim, de acordo com o STF: “Os compromissos assumidos pelo Brasil em tratado internacional de que seja parte (§ 2º do art. 5º da Constituição) não minimizam o conceito de soberania do Estado-povo na elaboração da sua Constituição; por esta razão, o art. 7º, n. 7, do Pacto de São José da Costa Rica, (“ninguém deve ser detido por dívida”) “este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”) deve ser interpretado com as limitações impostas pelo art. 5º, LXVII, da Constituição.” Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 73.044/ SP. Paciente: Paulo Sandoval Moreira, Impetrante: Ednesio Geraldo de Paula Silva. Coator: Primeiro Tribunal de Alçada Cível do Estado de São Paulo. Relator: Min. Maurício Correa. Brasília, 19/03/1996. Publicado em 20/09/1996.

julgamento do HC 72.131,⁷ *leading case* no STF, no qual os ministros Marco Aurélio, relator originário, Francisco Rezek, Carlos Velloso e Sepúlveda Pertence votaram pela concessão da ordem, ou seja, pela prevalência da *Convenção Americana de Direitos Humanos*; já pelo indeferimento votaram os ministros Moreira Alves, Maurício Corrêa, Ilmar Galvão, Celso de Mello, Octavio Gallotti, Sydney Sanches e Néri da Silveira, formando-se a maioria. O relator para o acórdão foi o Min. Moreira Alves.

Para reforçar tal visão, o STF comparou a CF/88 com a Constituição argentina, a qual, depois da reforma de 1994, consagrou expressamente a *hierarquia constitucional* dos tratados de Direitos Humanos. Para a Corte Suprema brasileira, a diferença entre as duas Constituições demonstrava que, quando o constituinte almeja estabelecer um *status* normativo diferenciado aos tratados de Direitos Humanos, ele assim o faz expressamente.⁸

Todavia, tal entendimento do STF sempre possuiu ferozes críticos. De fato, forte corrente doutrinária prega, desde 1988, que a Constituição atual incorporou automaticamente as normas de tratados internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil, dotando tais normas de uma dignidade constitucional, por força do art. 5º, §§ 1º e 2º da própria CF/88.⁹

Para essa corrente, o art. 5º, § 2º assegura a hierarquia de norma constitucional¹⁰ a tratados de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil.¹¹ Para Cançado Trindade, não se pode legitimamente esperar que as disposições internacionais se subordinem às soluções de Direito Constitucional ou de Direito Público Interno.¹²

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 72.131/RJ. Paciente: Lairton Almagro Vitoriano da Cunha. Impetrante: Marcello Ferreira de Souza Granado. Coator: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Impetrado: Sateplan Consórcios Ltda. Relator: Min. Moreira Alves. Brasília, 23/11/1995. Publicado em 01/08/2003.

⁸ Nos termos da decisão do Excelso Pretório: “Diversa seria a situação, se a Constituição do Brasil - à semelhança do que hoje estabelece a Constituição argentina de 1853, no texto emendado pela Reforma Constitucional de 1994 (art. 75, n. 22) - houvesse outorgado hierarquia constitucional aos tratados celebrados em matéria de Direitos Humanos”. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 249.970/RS. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: José Luiz Rechini Greco. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 04/08/1999. Publicado em 27/08/99.

⁹ No texto da Constituição: “Art. 5º, § 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República”.

¹⁰ PIOVESAN, F. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo : Max Limonad, 1996. p. 89.

¹¹ Cf. TRINDADE, A. A. Cançado: A interação entre direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos. *Arquivos do Ministério da Justiça*, 182, p. 27-54, 1993. No mesmo sentido, BASTOS, C.; MARTINS, Y. G. da S. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1988-1989; ROCHA, F. L. X. A incorporação dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos no direito brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, 130, p. 77-81, 1996.

¹² Em voto dissidente, o juiz Trindade estabeleceu que, “no se pode legitimamente esperar que dichas disposiciones convencionales se ‘adaptan’ o se subordinen a las soluciones de derecho constitucional o de

A visão tradicional acima mencionada do STF no que tange aos tratados de Direitos Humanos passou por forte revisão. No recém julgado R.E 466.343, simbolicamente também sobre a prisão civil do depositário infiel, a maioria de votos sustentou novo patamar normativo para os tratados internacionais de Direitos Humanos, inspirados pelo § 3º do art. 5º da CF/88 introduzido pela EC 45/04.^{13/14}

A nova posição prevalecente no STF foi capitaneada pelo Min. Gilmar Mendes, que, retomando a visão pioneira de Sepúlveda Pertence (em seu voto no HC 79.785-RJ¹⁵) sustentou que os tratados internacionais de Direitos Humanos, que não forem aprovados pelo Congresso Nacional no rito especial do art. 5º, § 3º da CF/88, têm natureza supralegal: abaixo da Constituição, mas acima de toda e qualquer lei.¹⁶

No mesmo sentido formaram a nova maioria os ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Menezes Direito. Esta corrente, agora majoritária, admite, contudo, que tais tratados tenham estatuto *constitucional*, desde que aprovados pelo Congresso pelo rito especial do parágrafo 3º ao art. 5º (votação em dois turnos nas duas Casas do Congresso, com maioria de três quintos).

Foram votos parcialmente vencidos, no tocante ao estatuto normativo dos tratados de Direitos Humanos, os ministros Celso de Mello, Cezar Peluso, Eros Grau e Ellen Gracie, que sustentaram a hierarquia constitucional de *todos* os tratados sobre Direitos Humanos, aprovados ou não pelo rito especial do art. 5º, § 3º. De fato, para Celso de Mello trata-se de adaptar a CF/88, pela via interpretativa, ao novo contexto social de aceitação da internacionalização dos Direitos Humanos. Assim, o Ministro Celso de Mello, revendo sua posição anterior, sustentou que os tratados internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil integram o ordenamento jurídico como norma de estatuto constitucional. De acordo ainda com a posição do Ministro Celso de Mello, a CF/88 em sua redação original determina a prevalência dos Direitos Humanos (art. 4º, inc. II da CF/88) e reconhece o estatuto constitucional dos tratados internacionais de Direitos Humanos (art. 5º, § 2º da CF/88). Desta forma, os tratados de Direitos Humanos, mesmo que anteriores a EC 45/04, seriam normas consideradas constitucionais.¹⁷

derecho público interno” Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso El amparo - Reparación, sentencia de 16 de abril de 1997. São José: Secretaría de la Corte, 1997. Voto dissidente, § 14.

¹³ Ver também BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 349.703/RS, Recorrente: Banco Itaú S.A, Recorrido: Armando Luiz Segabinazzi. Relator Ministro Carlos Britto.

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 466.343. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator Ministro Cezar Peluso. Brasília.

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* 79785. Recorrente: Jorgina Maria de Freitas Fernandes. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgamento em 29 de março de 2000, publicado no DJ de 23.05.03.

¹⁶ Vide voto do Ministro Gilmar Mendes no RE 466.343-SP, Relator Cezar Peluso.

¹⁷ Vide voto do Min. Celso de Mello no HC 87.585-TO.

Outro destaque recente na valorização do Direito Internacional dos Direitos Humanos no Brasil é a recente edição do Decreto Legislativo 186, de 9 de julho de 2008, que foi o primeiro a aprovar um tratado internacional de Direitos Humanos (fase da aprovação congressual, na incorporação dos tratados no Brasil) sob o rito especial do art. 5º, § 3º da Constituição. De acordo com o seu art. 1º, ficou estabelecido que “fica aprovado, nos termos do § 3º do art. 5º da Constituição Federal, o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007”.

Por outro lado, este “bom momento” que valoriza o Direito Internacional dos Direitos Humanos é ainda parcial e enfoca apenas o rol de direitos protegidos nos mais diversos tratados internacionais.

Porém, o Brasil já fez mais: já reconheceu a jurisdição obrigatória de órgãos internacionais, como a Corte Interamericana de Direitos Humanos, que têm como tarefa fixar a interpretação do alcance das obrigações internacionais de Direitos Humanos contraídas pelo Estado.

Assim, ao mesmo tempo em que se prestigia o Direito Internacional dos Direitos Humanos, alçando os tratados internacionais a um estatuto supralegal (Sepúlveda Pertence e Gilmar Mendes) ou mesmo constitucional (Carlos Velloso¹⁸ e agora Celso de Mello), deve ser iniciada também a valorização das deliberações dos órgãos internacionais judiciais ou quase-judiciais, que podem condenar o Brasil por violações de Direitos Humanos.

Por isso, o presente artigo visa estudar a necessidade de se implantar o controle de convencionalidade das normas internas brasileiras, que devem ser interpretadas de acordo com as Convenções Internacionais de Direitos Humanos. Assim, além do controle de constitucionalidade – análise da compatibilidade vertical entre as normas internas e a Constituição – é imperioso o controle de convencionalidade de Direitos Humanos: a análise da compatibilidade das normas internas às normas de tratados internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil.

Mas, este controle de convencionalidade não pode se limitar a meramente citar o texto da convenção ou tratado de Direitos Humanos: urge que o Brasil, por meio do seu tribunal maior – o Supremo Tribunal Federal, exercite um *controle de convencionalidade aplicado*, ou seja, que utilize a interpretação realizada pelos intérpretes finais destas normas de tratados de Direitos Humanos que são os órgãos internacionais de Direitos Humanos instituídos por estes citados tratado.

¹⁸ Para Velloso, “Nesse caso, no caso de tratar-se de direito e garantia decorrente de Tratado firmado pelo Brasil, a incorporação desse direito e garantia, ao direito interno, dá-se com status constitucional, assim com primazia sobre o direito comum. É o que deflui, claramente, do disposto no mencionado § 2º do art. 5º da Constituição da República”. Vide VELLOSO, C. M. Os tratados na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Revista de Informação Legislativa*, a. 41, n. 162, p. 35-46, abr./jun. 2004, em especial p. 39.

Entre estes órgãos internacionais instituídos pelos tratados de Direitos Humanos, merece destaque a Corte Interamericana de Direitos Humanos, criada pela Convenção Americana de Direitos Humanos, tratado que completa, em 2009, 40 anos de sua redação (1969-2009).

Por isso, verificaremos a influência das deliberações internacionais sobre Direitos Humanos na construção da jurisprudência do STF, com o foco nas sentenças e opiniões consultivas da Corte Interamericana de Direitos Humanos na passagem dos 10 anos do reconhecimento de sua jurisdição pelo Brasil.

Para iniciar a discussão do tema, será feita uma breve exposição sobre os mecanismos judiciais ou quase-judiciais internacionais que produzem tais deliberações internacionais sobre Direitos Humanos, com foco na análise do funcionamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Depois, será exposta a visão destes órgãos internacionais de Direitos Humanos sobre o estatuto normativo do Direito brasileiro. Tal visão é importante, uma vez que tais órgãos devem avaliar justamente a compatibilidade de atos imputados ao Brasil com textos internacionais de Direitos Humanos. Assim, importa saber se os órgãos internacionais de Direitos Humanos aceitarão (ou não) eventual alegação de “cumprimento de nossa Constituição”, “respeito à coisa julgada” ou ainda “observância da separação de poderes” como justificativas ao descumprimento de norma internacional.

Em seguida, utilizaremos alguns casos de Direitos Humanos para verificar o uso da jurisprudência internacional como referencial na tomada de posição do STF.

2. Noções gerais dos mecanismos de controle pertencentes ao Direito Internacional dos Direitos Humanos: a tardia adesão brasileira

O Direito Internacional dos Direitos Humanos consiste no *conjunto de direitos e faculdades* previsto em normas internacionais, que assegura a dignidade da pessoa humana e beneficia-se de garantias internacionais institucionalizadas.¹⁹

Sua evolução nessas últimas décadas é impressionante. Desde a *Carta da Organização das Nações Unidas* (ONU) de 1945 e a *Declaração Universal de Direitos Humanos* (DUDH) de 1948, dezenas de tratados e convenções consagraram a preocupação internacional com a proteção de direitos de todos os indivíduos, sem distinção.²⁰ Consequentemente, eventual *alegação* de “competência exclusiva dos Estados” ou mesmo

¹⁹ Vide RAMOS, A. de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos: análise dos sistemas de apuração de violações dos direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2002. p. 25.

²⁰ TRINDADE, A. A. Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos. Fundamentos e instrumentos básicos*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1991. p. 3.

de “violação da sagrada soberania estatal” no domínio da proteção dos Direitos Humanos encontra-se ultrapassada, após anos de aquiescência pelos Estados, inclusive o Brasil, da normatização internacional sobre a matéria.²¹

Retrato acabado da internacionalização da temática dos Direitos Humanos é a crescente adesão dos Estados a mecanismos internacionais judiciais ou quase-judiciais, que *analisam* petições de vítimas de violação de Direitos Humanos, *interpretam* o direito envolvido e *determinam* reparações adequadas, que devem ser cumpridas pelo Estado. O Brasil é um dos Estados que aderiu a tais mecanismos internacionais de proteção de Direitos Humanos, de modo tardio e ainda incompleto.²²

De fato, o Brasil utilizou a possibilidade, tradicional no Direito Internacional, de não se submeter à jurisdição plena de determinado órgão criado por um tratado de Direitos Humanos no momento da ratificação. No máximo, o Brasil aceitava submeter relatórios a órgãos internacionais de supervisão e controle ou acatava como mera recomendações os pronunciamentos destes órgãos sobre indivíduos submetidos à nossa jurisdição.

Apenas anos depois da ratificação destes tratados, após mobilização da sociedade civil e de segmentos de agentes públicos, o Brasil aderiu a alguns mecanismos de controle que emitem *deliberações internacionais* ou até *sentenças internacionais* cogentes ao Estado.

No momento da redação deste artigo (2008), a situação brasileira é a seguinte: dos inúmeros órgãos específicos de defesa de Direitos Humanos criados por tratados já ratificados pelo Brasil, o Estado brasileiro já reconheceu: 1) em 1998, a jurisdição obrigatória e vinculante da Corte Interamericana de Direitos Humanos, órgão da *Convenção Americana de Direitos Humanos*;²³ 2) em 2002 o Brasil aderiu ao *Protocolo Facultativo à Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher*, conferindo, então, poder ao seu Comitê para receber petições de vítimas de violações de direitos protegidos nesta Convenção;²⁴ 3) além disso, o Brasil também reconheceu a competência do Comitê para a Eliminação de Toda a Forma de Discriminação Racial para receber e analisar denúncias de vítimas de violação de direitos protegidos pela *Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial*, por ato internacional depositado junto à Secretaria-Geral da ONU em 17 de junho de 2002.²⁵ No

²¹ TRINDADE, A. A. Cançado. Apresentação. In: ALVES, J. A. Lindgren. *Os direitos humanos como tema global*. São Paulo: Ed. Perspectiva, 1994. p. XVI.

²² Ver os motivos pelos quais os Estados aceitaram a internacionalização (e até ordens de tribunais internacionais) em uma temática tão essencial em RAMOS, A. de. Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2005.

²³ Como veremos abaixo com maiores detalhes.

²⁴ Decreto n. 4.316, de 30 de julho de 2002.

²⁵ Apenas em 12 de junho de 2003 (quase um ano depois) houve a internalização do referido ato, por meio da edição de Decreto n. 4.738/03.

curso do procedimento de análise das petições das vítimas, tais órgãos devem interpretar as normas de Direitos Humanos pretensamente violadas pelo Estado e *decidir*. Tais decisões internacionais vinculam o Brasil; 4) em 2002, o Brasil ratificou o *Estatuto de Roma*, o que implica no reconhecimento da jurisdição, sem reservas (porque o tratado não as admitia), do Tribunal Penal Internacional, que julga, em síntese, crimes graves contra os Direitos Humanos (crimes de guerra, genocídio, crimes contra a humanidade e crime de agressão).

Como o presente artigo visa analisar os diversos impactos do reconhecimento brasileiro da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos no STF, a seguir detalharemos o funcionamento do chamado sistema interamericano de Direitos Humanos.

3. O mecanismo judicial: o Sistema Interamericano de Direitos Humanos e o papel da Corte de San Jose

3.1. Noções gerais

Há quatro diplomas normativos principais que compõem o chamado “sistema interamericano de Direitos Humanos”: a *Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem* (1948), a *Carta da Organização dos Estados Americanos* (1948), a *Convenção Americana de Direitos Humanos* (1969) e também o *Protocolo de San Salvador*, assinado em 1988, relativo aos direitos sociais e econômicos.

A *Convenção Americana de Direitos Humanos* foi assinada em San José, Costa Rica, em 1969, no seio de Conferência Especializada de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA), mas entrou em vigor apenas em 1978. Este tratado, conhecido também como *Pacto de San José da Costa Rica*, é hoje o principal diploma de proteção dos Direitos Humanos nas Américas por vários motivos: 1) pela abrangência geográfica, uma vez que conta com 24 Estados signatários; 2) pelo catálogo de direitos civis e políticos e 3) pela estruturação de um sistema de supervisão e controle das obrigações assumidas pelos Estados, que conta inclusive com uma Corte de Direitos Humanos, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, com sede em San José da Costa Rica.

O Brasil incorporou definitivamente a *Convenção Americana de Direitos Humanos* pelo Decreto Presidencial n. 678 de 11 de novembro de 1992. Somente em 8 de setembro de 1998 foi encaminhada mensagem presidencial n. 1.070 ao Congresso, pela qual foi solicitada a aprovação

para fazer a declaração de reconhecimento da competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos para

fatos ocorridos a partir do reconhecimento de acordo com o previsto no parágrafo primeiro do artigo 62 daquele instrumento internacional.

Aprovada no Congresso Nacional, foi editado o Decreto Legislativo n. 89/98 em 3 de novembro de 1998. Finalmente, o Brasil encaminhou nota transmitida ao Secretário-Geral da OEA no dia 10 de dezembro de 1998, reconhecendo a jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, obrigando-se, assim, a implementar suas decisões.²⁶ Tal reconhecimento foi promulgado, internamente, pelo Decreto n. 4.463 de 8 de novembro de 2002, quase quatro anos após o encaminhamento da nota à OEA.

Resta, então, analisar os traços característicos do sistema americano de proteção de Direitos Humanos, para, após, verificar o uso pelo STF da produção jurisprudencial da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

3.2. Traços característicos do subsistema americano de Direitos Humanos²⁷

3.2.1. O modelo da Convenção Americana de Direitos Humanos

A *Convenção Americana de Direitos Humanos* repetiu o modelo judicial de apuração de violação de Direitos Humanos previsto anteriormente na *Convenção Europeia de Direitos Humanos*. A influência do modelo europeu original (depois sensivelmente alterado, em especial pelo Protocolo n. 11) é vista pelo estabelecimento de dois órgãos encarregados de promover e sancionar os Estados violadores de Direitos Humanos: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, com sede em Washington e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, com sede em San José da Costa Rica.

Cabe à Comissão Interamericana de Direitos Humanos a missão de promover o respeito dos direitos previstos na *Convenção Americana de Direitos Humanos*, podendo recomendar condutas aos Estados, sugerir soluções amistosas entre vítimas de violação de Direitos Humanos e Estados, bem como, no limite, propor *ação de responsabilidade internacional* contra um Estado perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos.²⁸ A Corte Interamericana de Direitos Humanos, por seu turno, só pode ser acionada pelos Estados contratantes e pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos,²⁹ que exerce a função similar a do Ministério Público brasileiro (parte processual e fiscal da lei).

²⁶ Atualmente são 21 Estados que reconhecem a jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a saber: Argentina, Barbados, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, El Salvador, Equador, Guatemala, Haiti, Honduras, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Suriname, Uruguai, Venezuela.

²⁷ Ver mais em RAMOS, A. de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos*. cit.

²⁸ Ibid., p. 213 e ss.

²⁹ Art. 61.1 da Convenção.

A vítima (ou seus representantes) possui somente o direito de petição à *Comissão Interamericana de Direitos Humanos*. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos analisa tanto a admissibilidade da demanda (há requisitos de admissibilidade, entre eles, o esgotamento prévio dos recursos internos) quanto seu mérito. Caso a Comissão Interamericana de Direitos Humanos archive o caso (demanda inadmissível, ou quanto ao mérito, infundada) não há recurso disponível à vítima. Outra hipótese de ser o caso apreciado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos ocorre se algum Estado, no exercício de uma verdadeira *actio popularis*, ingressar com a ação contra o Estado violador. Até o momento, os Estados americanos *nunca* exerceram tal prerrogativa.³⁰

Essa restrição ao direito de ação da vítima (já conquistado perante a Corte Européia de Direitos Humanos, como vimos) é criticada pela doutrina especializada. Cançado Trindade é um dos maiores defensores da reforma da *Convenção Americana de Direitos Humanos*, no sentido de dotar a vítima do direito de ação. Entende o citado autor que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos é *parte apenas processual* no feito perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos. A verdadeira parte material é aquela que é titular do direito pretensamente violado. Assim, inexplicável, para o Cançado Trindade, que a atual situação perdure.³¹

Enquanto a reforma da *Convenção Americana de Direitos Humanos* não se concretiza, a própria Corte Interamericana de Direitos Humanos adiantou-se. No seu novo regulamento (2001), permitiu a participação da vítima e de seus representantes em *todas* as fases do processo judicial, podendo requerer e se manifestar em igualdade de condições com a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e o Estado-réu, tal qual um assistente litisconsorcial do Autor.

Por outro lado, a própria Comissão Interamericana de Direitos Humanos alterou seu Regulamento, em 2001, para estimular a propositura de suas ações judiciais perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Antes de tal reforma, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos *deveria decidir*, por maioria, se ingressava com a ação contra determinado Estado, mesmo se o mencionado Estado já houvesse reconhecido a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos e mesmo se a Comissão Interamericana de Direitos Humanos já houvesse atestado a existência de violação de Direitos Humanos. Agora, após a reforma, no caso de ter sido constatada violação de

³⁰ Até o momento, desde de 1979, todas as ações propostas na Corte foram oriundas da Comissão. Os Estados americanos continuam a ser extremamente cautelosos em processar outro congêneres por violação de Direitos Humanos. Ver meus comentários aos casos contenciosos e consultivos da Corte em RAMOS, A. de Carvalho. *Direitos humanos em juízo: comentários aos casos contenciosos e consultivos da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. São Paulo: Ed. Max Limonad, 2001.

³¹ Conferir em TRINDADE, A. A. Cançado. *O direito internacional em um mundo em transformação*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2002, em especial p. 686.

Direitos Humanos sem que o Estado tenha reparado o dano, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos *deve automaticamente* propor a ação contra o Estado, no caso de ter sido reconhecida a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, *salvo* se houver decisão em sentido contrário da maioria absoluta dos comissários. Ou seja, é necessário que haja a mobilização da maioria absoluta dos comissários *contra* a propositura da ação, o que é, por certo, dificultoso. À Comissão Interamericana de Direitos Humanos, contudo, permanece o importante papel de propor ou não a ação de responsabilidade internacional do Estado por violação de Direitos Humanos.³² Caso não proponha a ação, é a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em termos práticos, o intérprete definitivo da *Convenção Americana de Direitos Humanos*.

3.2.2. A sentença da Corte

Proposta a ação de responsabilidade pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos ou Estado, inicia-se um devido processo legal, no qual as partes e as vítimas de violação de Direitos Humanos (como assistentes do Autor) podem exercer todas as faculdades processuais comumente existentes no processo civil interno. A sentença de procedência deve assegurar à vítima o gozo do direito violado e ainda estabelecer as formas de reparação das consequências da medida ou situação que haja configurado violação desses direitos.³³

Os arts. 62 e 63 da *Convenção Americana de Direitos Humanos* prevêm que a Corte Interamericana de Direitos Humanos deve estabelecer a reparação devida e determinar o gozo do direito em questão. Com isso, nota-se que há uma grande diferença entre efeito de uma sentença de procedência em uma ação de responsabilidade internacional do Estado por violação de Direitos Humanos no sistema europeu e no sistema interamericano. No sistema europeu, é possível a fixação de uma satisfação equitativa pecuniária pela Corte Européia de Direitos Humanos, como alternativa à existência de impedimentos internos à plena execução da sentença internacional. Assim, admite-se que uma decisão internacional, no caso da Corte Européia de Direitos Humanos, não possa ser cumprida em sua integridade pelo Estado e isso não acarretará nova responsabilização internacional, mas apenas a outorga de uma indenização pecuniária à vítima.³⁴

Já no sistema judicial interamericano há o dever do Estado de cumprir integralmente a sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Aliás, na literalidade do art. 63.1, preocupa-se a *Convenção Americana de Direitos Humanos* com

³² Novamente, porque os outros co-legitimados, os Estados, até hoje, *nunca* ingressaram com qualquer ação.

³³ Cf. o art. 63 da *Convenção Americana de Direitos Humanos*.

³⁴ Vide RAMOS, A. de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos*. cit.

a *restitutio in integrum* em primeiro lugar, estipulando ser dever do Estado restaurar o gozo do direito ou liberdade violados. No caso de fixação de indenização pecuniária há a previsão na *Convenção Americana de Direitos Humanos* de execução da parte da sentença que determinar a citada indenização de acordo com os procedimentos internos de execução de sentenças contra o Estado.

Assim, exige-se o cumprimento no sistema interamericano *das necessárias obrigações de fazer e não-fazer exigidas para que a vítima possa fazer valer o seu direito violado*. Para tanto, não pode o Estado infrator alegar impedimento de Direito interno, como podem alegar seus pares europeus (vide a *Convenção Européia de Direitos Humanos* e sua satisfação equitativa). Colabora para isso também o art. 2º da *Convenção Americana de Direitos Humanos*, *que firma o dever genérico dos Estados de introduzir toda e qualquer medida interna necessária para o cumprimento desta Convenção*. Assim, as sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos devem ser totalmente cumpridas, existindo a obrigação internacional derivada de cumprir de boa-fé tais decisões.³⁵

De acordo com o art. 68 da *Convenção Americana de Direitos Humanos* existem *duas regras de execução* de sentença prolatada por aquela Corte. A primeira regra, tradicional em termos de execução de sentença internacional, estipula que a execução das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos *depende da normatividade interna*. Assim, cabe a cada Estado escolher a melhor forma, de acordo com seu Direito, de executar os comandos da Corte Interamericana de Direitos Humanos. A segunda regra firmada no art. 68.2 da *Convenção Americana de Direitos Humanos* é *inovação* do sistema interamericano. Consiste na menção da utilização das regras internas de execução de sentenças nacionais contra o Estado para a execução da parte indenizatória da sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos. De fato, estabelece o art. 68, § 2º que as disposições desta Corte referentes a indenizações poderão ser executadas de acordo com o Direito interno de cada Estado-Parte.³⁶

No caso de não-cumprimento *sponte propria* das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, há a previsão do art. 65 da *Convenção Americana de Direitos Humanos* que possibilita à Corte Interamericana de Direitos Humanos a inclusão dos casos em que o Estado não tenha dado cumprimento a suas sentenças no seu relatório anual à Assembléia Geral da OEA.

³⁵ Vide Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Parecer Consultivo n. 5/85*, 13 de novembro de 1985. San José : Secretaría de la Corte, 1985, § 22.

³⁶ Art. 68 – “1. Os Estados-partes na *Convenção* comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes. 2. A parte da sentença que determinar indenização compensatória poderá ser executada no país respectivo pelo processo interno vigente para a execução de sentenças contra o Estado”.

4. A necessidade de cumprimento das decisões internacionais: o Direito Interno como mero fato

4.1. A visão (não muito divulgada) dos Tribunais Internacionais sobre o Direito interno

A prática reiterada dos Estados e das Cortes Internacionais é considerar o Direito Interno um “mero fato”, que expressa a vontade do Estado. Ou seja, não se reconhece sequer o caráter jurídico das mesmas normas, uma vez que o Direito Internacional possui suas próprias fontes normativas e o Estado (sujeito primário do Direito Internacional, por possuir, além da personalidade jurídica, também capacidade legislativa) é considerado *uno* perante a comunidade internacional.

Assim, a discussão sobre o “estatuto interno dos tratados internacionais” é matéria estranha à discussão judicial internacional. Para as Corte internacionais, cabe analisar se o Estado cumpriu (ou não) seus compromissos internacionais, não aceitando escusas típicas do Direito interno, como, por exemplo, superioridade da Constituição sobre os tratados.

Neste sentido, cite-se o célebre *Caso Relativo ao Tratamento de Nacionais Poloneses e Outras Pessoas de Origem Polonesa no Território de Danzig* no qual a Corte Permanente de Justiça Internacional (antecessora da Corte Internacional de Justiça) afirmou que “*according to generally accepted principles, a State cannot rely, as against another State, on the provisions of the latter’s Constitution, but only on international law*”.³⁷ Na mesma linha, em outra decisão histórica, a Corte Permanente de Justiça Internacional decidiu que

From the standpoint of International Law and of the Court which is its organ, municipal laws are merely facts which express the will and constitute the activities of States, in the same manner as do legal decisions or administrative measures.³⁸

O direito interno só será utilizado se a norma internacional lhe fizer remissão. Conforme ensina Guido Soares,

os tribunais internacionais e os árbitros, somente aplicarão normas dos sistemas jurídicos nacionais à medida que elas

³⁷ Corte Permanente de Justiça Internacional, “*Treatment of Polish Nationals and Other Persons of Polish Origin or Speech in the Danzig Territory*”, opinião consultiva de 4 de fevereiro de 1932, P.C.I.J., Series A/B, n. 44, p. 24-25.

³⁸ Corte Permanente de Justiça Internacional. “*Certain German interests in Polish Upper Silesia* (Merits), julgamento de 25 de maio de 1926, P.C.I.J., Serie A, n. 7, p. 19.

sejam integrantes do sistema normativo internacional, em virtude da operação das fontes do direito internacional.³⁹

No que tange ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, cite-se o *Caso Open Door and Dublin Well Woman* no qual a Corte Européia de Direitos Humanos foi obrigada a ponderar o direito à liberdade de expressão (publicidade do aborto legal inglês dirigida a irlandesas) e a proibição ao aborto previsto no art. 40.3.3 da Constituição da Irlanda, tendo de julgar decisão da Corte Constitucional irlandesa (em favor da restrição da citada publicidade). A Corte Européia de Direitos Humanos considerou a citada decisão uma ofensa ao direito à informação e expressão.⁴⁰

Em relação à jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, cite-se o *Caso Cesti Hurtado* (Comissão vs. Peru). O Estado réu (Peru) alegou que o processo movido pela Comissão “*desestabilizaria instituições constitucionalmente vigentes como o foro privativo militar e o foro comum*”, o que se chocaria com a *Carta da OEA*. Aduziu ainda o Estado que um organismo integrado por pessoas estranhas à sociedade peruana *não poderia questionar o ordenamento jurídico interno*, reestruturado a partir de 1992.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, laconicamente, limitou-se a afirmar que tais argumentos não eram compatíveis com as obrigações internacionais contraídas pelo Peru, mostrando que as normas internas são fatos, que se ofensivos às obrigações internacionais, ensejam pronta reparação dos danos causados.⁴¹

4.2. A solução dos conflitos entre norma interna e norma internacional de Direitos Humanos: a primazia da norma mais favorável ao indivíduo

O Direito Internacional dos Direitos Humanos desenvolveu um princípio para buscar solucionar eventual conflito entre a norma interna e a norma internacional: o princípio da primazia da norma mais favorável ao indivíduo.

A chamada primazia da norma mais favorável significa que deve ser aplicada pelo intérprete necessariamente a norma que mais favoreça o indivíduo. Assim, a primazia da norma mais favorável nos leva a aplicar quer a norma internacional, quer a norma interna, a depender de qual seja mais favorável ao indivíduo.

³⁹ SOARES, G. F. S. *Curso de direito internacional público*. São Paulo: Ed. Atlas, 2002, em especial p. 203.

⁴⁰ Tal decisão da Corte Européia suscitou polêmicas doutrinárias. Sobre o caso vide SUDRE, F. “L’interdiction de l’avortement: le conflit entre le juge constitutionnel irlandais et la Cour européenne des droits de l’homme”, *Revue Française de Droit Constitutionnel*, 13, 1993, p. 216 e ss. Vide também COEHEN-JONATHAN, G. Article 10. In: PETTITI, L-E.; DECAUX, E.; IMBERT, P. *La Convention européenne des droits de l’homme*. Commentaire article par article. Paris: Economica, 1995. p. 367-408

⁴¹ Ver mais comentários sobre o *Caso Cesti Hurtado* em RAMOS, A. de Carvalho. *Direitos humanos em juízo*. cit. p. 307 e ss.

Cabe lembrar que tal princípio é verdadeiro dispositivo convencional *internacional*, ou seja, é cláusula prevista em tratado internacional. Com efeito, o princípio da norma mais favorável é regra tradicional insculpida nos tratados internacionais de Direitos Humanos e consiste na impossibilidade de se invocar uma norma internacional para reduzir direitos já garantidos em outros tratados ou mesmo na legislação interna. Para Cançado Trindade, no Direito Internacional dos Direitos Humanos, encontra-se, então, superada a clássica polêmica entre monistas e dualistas. Nas palavras do citado autor,

no presente domínio de proteção, não mais há pretensão de primazia do direito internacional ou do direito interno, como ocorria na polêmica clássica e superada entre monistas e dualistas. No presente contexto, a primazia é da norma mais favorável às vítimas, que melhor as proteja, seja ela norma de direito internacional ou de direito interno.⁴²

Concordo com o ex-Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos, adicionando, apenas, que a polêmica “monista ou dualista” é típica da visão de “como o direito interno vê o direito internacional”, e interessa ao Direito Internacional dos Direitos Humanos justamente o oposto, ou seja, “como o Direito Internacional vê o Direito interno”.

Para o Direito Internacional, então, *não importa se o ordenamento local (leia-se Constituição) é dualista ou monista*. Para o Direito Internacional deve o Estado sempre cumprir a norma internacional. Ou seja, como já vimos, importa ao Direito Internacional apenas suas próprias fontes normativas. O direito interno só será utilizado se norma internacional a ele fizer remissão, conforme já visto acima. E é isso o que ocorre no chamado princípio da primazia da norma mais favorável ao indivíduo.

É o próprio Direito Internacional, por meio de cláusulas previstas em tratados internacionais, que possibilita a aplicação de norma *interna*, desde que mais favorável ao indivíduo. De fato, essa cláusula de “primazia da norma mais favorável” é assaz comum em tratados de Direitos Humanos, nos quais firma-se, em geral, que as disposições da referida convenção não poderão ser utilizadas como justificativa para a diminuição ou eliminação de maior proteção oferecida por outro tratado.

Como exemplo, lembro que tal cláusula é encontrada no art. 5. 2 do *Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP)*, no art. 5.o do *Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*, no art. 60 da *Convenção Europeia de Direitos Humanos* e no art. 29, b da *Convenção Americana de Direitos Humanos*.

O art. 29, b, da *Convenção Americana de Direitos Humanos* é bem ilustrativo:

⁴² TRINDADE, A. A. Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997. v. 1, p. 434.

Nenhuma disposição da presente Convenção pode ser interpretada no sentido de: b. limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de leis de qualquer dos Estados-partes ou em virtude de Convenções em que seja parte um dos referidos Estados.

Com isso, concluo que a primazia da norma mais favorável ao indivíduo preconiza que é o Direito Internacional quem estipula a possibilidade de se invocar norma interna mais protetiva. Usa-se, então, a norma interna, porque a norma internacional fez-lhe clara remissão, com visto no art. 29, b, da *Convenção Americana de Direitos Humanos*, acima transcrito.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos reconheceu o princípio da norma mais favorável no parecer consultivo relativo à filiação compulsória de jornalistas em uma Associação. Nesse parecer, solicitado pela Costa Rica, estabeleceu-se que “*En consecuencia, si a una misma situación son aplicables al Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana*”.⁴³

Assim, conforme já expus anteriormente em livro sobre os mecanismos de apuração de violação de Direitos Humanos,

[a] *régle d’or* de interpretação das normas de proteção internacional dos direitos humanos é a primazia da norma mais favorável ao indivíduo. Esta busca da maior proteção possível consta explicitamente dos tratados, na medida em que nos mesmos é mencionada a impossibilidade de interpretação do próprio tratado que exclua ou revogue proteção normativa maior já alcançada.⁴⁴

Ante o exposto, deve ter ficado claro que é o Direito Internacional quem determina a prevalência da norma, que, no caso da proteção de Direitos Humanos, é a norma mais favorável ao indivíduo.

Registro, sem me aprofundar por fugir ao escopo do estudo em tela, minha posição, ventilada em livro sobre a teoria geral dos Direitos Humanos na ordem internacional, a favor de uma releitura do princípio da primazia da norma mais favorável ao indivíduo.⁴⁵

De fato, há uma importante pergunta, muitas vezes olvidada: a norma é mais favorável a quem? Ao indivíduo, mas e se em determinado caso concreto – comum, diga-

⁴³ Corte Interamericana de Direitos Humanos, Parecer Consultivo sobre a filiação obrigatória de jornalistas (arts. 13 e 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos), Parecer n. 5/85 de 13 de novembro de 1985, Série A n. 5, § 52, p. 31.

⁴⁴ Ver RAMOS, A. de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos*. cit.

⁴⁵ RAMOS, A. de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. cit.

se —, dois direitos pertencentes a indivíduos distintos entram em colisão? Qual norma deve prevalecer? O princípio da primazia da norma mais favorável emudece.

Sendo assim, infelizmente, observo a insuficiência do princípio da primazia da norma mais favorável justamente nos *hard cases*, nos quais dois direitos entram em *colisão aparente*. Como exemplo, fica extremamente penosa a aplicação do princípio da norma mais favorável, no caso de choque entre a liberdade de expressão e o direito à vida privada e intimidade.⁴⁶ Ou ainda, como visto em feito perante o STF na análise de caso envolvendo a realização forçada (*manu militari*) do exame do DNA em ação de paternidade, quando foi necessário decidir entre o direito à integridade física do suposto pai e o direito da criança ao conhecimento seguro de sua própria ascendência, ambos os direitos já reconhecidos em *diversos tratados internacionais*.⁴⁷ Não devemos considerar, contudo, tal conflito aparente como *insuperável*. Face à insuficiência do princípio da norma mais favorável ao indivíduo, entra em cena o princípio da ponderação de interesses, sabendo que a certeza da relatividade dos direitos fundamentais diante da necessária coexistência entre os mesmos devem servir de guia para o intérprete no momento da estipulação dos limites da proteção estipulada pelos direitos em concreto. O que entendo essencial é esclarecer o dever do Estado brasileiro em respeitar seus compromissos perante a *Convenção Americana de Direitos Humanos*, sabendo que não poderá alegar, de modo lícito, qualquer óbice de direito interno (mesmo que constitucional) para cumprir os comandos daquele tratado, isso tudo no momento da comemoração dos dez anos do reconhecimento da jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos (1998-2008).

4.3. Dualismo, Monismo, Estatuto Normativo Interno dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos: pelo Giro Copernicano no Debate

Como vimos no início, desde 1988 há vigoroso debate entre os ministros de nossa Corte Maior sobre o estatuto normativo dos tratados de Direitos Humanos no Brasil, em especial agora após a edição da EC 45/04. O debate sobre o estatuto interno dos tratados de Direitos Humanos também trouxe à tona várias ilações sobre a controvérsia entre os monistas e dualistas na história do Direito Internacional.⁴⁸

⁴⁶ Como exemplo, cite-se a proteção da vida privada e o direito à informação, já que o art. 17 do *Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos* amplia a proteção da vida privada para atingir a proteção da honra e da reputação, em face do art. 8º da *Convenção Europeia de Direitos Humanos*. Entretanto, reduz a esfera da liberdade de expressão de outrem.

⁴⁷ Ver HC 71.374, in Informativo do STF, n. 207.

⁴⁸ RAMOS, A. Carvalho. O impacto da Convenção Americana de Direitos Humanos na relação do Direito Internacional e do Direito Interno. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília, DF, v. 4, p. 51-71, 2002.

Porém, não cabe tecer no presente artigo considerações profundas sobre o estatuto normativo dos tratados internacionais de Direitos Humanos ou sobre a adoção, pela CF/88, de uma visão monista ou dualista no que tange à relação entre o Direito Interno e o Direito Internacional. Apesar de ser um tema importante na aplicação interna dos tratados, vimos acima que *não importa qual é a visão brasileira* sobre o estatuto normativo interno de um tratado internacional de Direitos Humanos.

Reiteradamente os órgãos judiciais e quase-judiciais internacionais impõem o que denomino um “unilateralismo radical” que se sobrepõe à *discussion d'école* entre monistas e dualistas: os tratados de Direitos Humanos devem ser cumpridos, sem que se considerar qualquer outro argumento de Direito interno.

Os conflitos entre normas são superados pela possibilidade, prevista nos próprios tratados, de recurso à norma mais favorável aos indivíduos, não importando sua origem. Como vimos acima, o art. 29 da *Convenção Americana de Direitos Humanos* prevê que nada nesta Convenção pode amesquinhar proteção maior já conferida ao indivíduo por norma interna ou outra norma internacional. Tal comando, repetido em outros tratados, consagrou o princípio da aplicação da norma mais favorável ao indivíduo. É claro que, em face da pluralidade dos Direitos Humanos, fica difícil muitas vezes identificar qual é a “norma mais favorável”, uma vez que uma norma mais protetiva a determinado indivíduo pode desproteger outro, como nos mostram os clássicos conflitos entre a proteção do meio ambiente e o direito de propriedade ou entre a liberdade de informação e a privacidade. Neste ponto, há de se valorizar a atividade de ponderação de interesses que é desenvolvida, sem maiores traumas, pelos órgãos internacionais judiciais ou quase-judiciais de Direitos Humanos.

Então, pleiteamos um *giro copernicano* da discussão sobre a aplicação dos tratados internacionais de Direitos Humanos no STF: que seja agregada também ao debate a discussão sobre a interpretação dos tratados pelos órgãos em relação aos quais o Brasil já reconheceu a jurisdição obrigatória.

5. O controle de convencionalidade e o bloco de constitucionalidade e supralegalidade

Há dez anos, em minha tese de doutorado depositada em 1999, fui um dos primeiros autores brasileiros a defender a existência de um “controle de convencionalidade”, no qual seria analisada a compatibilidade de norma interna em face de norma internacional de Direitos Humanos. Na época, fui um dos primeiros a defender a possibilidade *inclusive* de crivo de normas constitucionais em violação a normas internacionais de Direitos Humanos. Nas minhas palavras, “o controle de convencionalidade analisa, sim, apenas se a norma internacional foi violada por meio da própria aplicação da norma

constitucional”.⁴⁹ Em 2001, em livro sobre a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (o primeiro livro em português que comparou a jurisprudência de Direitos Humanos da Corte de San José e as posições brasileiras) sustentei também que era possível o controle de convencionalidade em abstrato, pugnando que houvesse o crivo das normas internas, mesmo sem qualquer aplicação concreta, com a Convenção Americana de Direitos Humanos.⁵⁰

Após a histórica decisão do Recurso Extraordinário n. 466.343 visto acima, é possível retomar estas pioneiras considerações para a seguinte situação. A partir do estatuto constitucional dos tratados internacionais de Direitos Humanos para os tratados aprovados pelo rito especial, temos um “bloco de constitucionalidade”⁵¹ composto pelas normas da Constituição e ainda as normas dos tratados internacionais de Direitos Humanos. Por sua vez, os tratados de Direitos Humanos aprovados antes da Emenda n. 45 seriam dotados do atributo da *supralegalidade*.

Nos dois casos teremos reforçado o dever do Brasil de cumprir, *in totum*, as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, ficando sempre tal obrigação acima de eventuais dificuldades de ordem legal, uma vez que o Pacto de San José no mínimo terá natureza *supralegal*.

Assim, cabe ao Supremo Tribunal Federal fazer valer este entendimento da maioria visto no RE 466.343 e exercitar o *controle de convencionalidade* inclusive das normas constitucionais anteriores contrárias aos comandos dos tratados internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil pelo rito especial. Assim, fica aberto o caminho para o controle de convencionalidade das normas do Poder Constituinte Originário, que defendendo desde 1999. Urge, então, a superação do antigo precedente do Supremo Tribunal Federal brasileiro (ADin 815-3), no qual este sustentou que não lhe caberia ser fiscal do Poder Constituinte Originário.⁵²

No caso da primeira convenção aprovada pelo rito especial, a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (visto acima), há vários impactos possíveis. Por exemplo, a Resolução TSE n. 22.261/2006⁵³ dispõe, em seu art. 58

⁴⁹ Grifo do original. RAMOS, A. Carvalho. *A responsabilidade internacional do Estado por violação de direitos humanos*. 1999. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 132. Esta tese foi aprovada pela Banca com nota máxima, dez com louvor.

⁵⁰ RAMOS, A. Carvalho. *Direitos humanos em juízo: comentários aos casos contenciosos e consultivos da corte interamericana de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

⁵¹ O primeiro a utilizar tal expressão no Brasil após a EC 45/2004 foi, salvo engano, José Carlos Francisco. Ver em FRANCISCO, José Carlos. Bloco de constitucionalidade e recepção dos tratados internacionais. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora (Orgs.). *Reforma do judiciário analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005. p. 99-105.

⁵² Para o STF, em 1996: “O STF não tem jurisdição para fiscalizar a validade das normas aprovadas pelo poder constituinte originário”. ADIn 815-RS, rel. Min. Moreira Alves, j. 28.03.96.

⁵³ A Resolução TSE 22.261, de 29/6/2006, que revogou a Resolução 22.158, foi publicada no Diário da Justiça

que “A propaganda eleitoral gratuita na televisão deverá utilizar a Linguagem Brasileira de Sinais (Libras) ou os recursos de legenda”.⁵⁴ Ora, ofende-se os direitos agora do bloco de constitucionalidade de plena *inclusão eleitoral* da pessoa com deficiência, pois a propaganda eleitoral gratuita deveria abarcar as duas linguagens, uma vez que há surdos de nascença que não reconhecem textos escritos.⁵⁵

Ademais, a Convenção Americana de Direitos Humanos e as decisões do seu intérprete – a Corte Interamericana de Direitos Humanos – no mínimo fazem parte do “bloco de supralegalidade” agora reconhecido pelo STF. Antes mesmo do novo posicionamento do RE 466.343, o próprio Supremo Tribunal Federal manifestara-se a favor da interpretação *pro homine* por intermédio da utilização das convenções internacionais de Direitos Humanos como marco hermenêutico de todo o ordenamento jurídico. Naquela época, de acordo com o STF: [...] ainda quando não se queira comprometer o Tribunal com a tese da hierarquia constitucional dos tratados sobre direitos fundamentais ratificados antes da Constituição, o mínimo a conferir-lhe é o valor de poderoso reforço à interpretação do texto constitucional que sirva melhor à sua efetividade: não é de presumir, em Constituição tão ciosa da proteção dos direitos fundamentais quanto a nossa, a ruptura com as convenções internacionais que se inspiram na mesma preocupação.⁵⁶

Agora, após a edição da EC n. 45/2004, ocorreu, nas palavras do Min. Gilmar Mendes, a “necessidade da contínua e paulatina adaptação dos sentidos possíveis da Constituição aos câmbios observados numa sociedade que, como a atual, está marcada pela complexidade e pelo pluralismo”.⁵⁷ Assim, toda a interpretação das leis no Brasil devem obediência aos comandos da Convenção, em especial de acordo com a interpretação do seu órgão maior de fiscalização, a Corte de San José, impedindo a responsabilização internacional do Brasil.

6. Possíveis uso de decisões internacionais e a compatibilidade da jurisprudência do STF com os precedentes internacionais consolidados

Após mais de 10 anos do reconhecimento brasileiro da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos (1998-2009), bem como da existência de pelo menos uma sentença condenatória (*Caso Damião Ximenes Lopes*, além da sentença de

de 17/7/2006, p. 124

⁵⁴ Grifo nosso.

⁵⁵ Como bem asseverou Fábila Lima de Brito Damia. Ver em DAMIA, Fábila Lima de Brito. O direito de acesso das pessoas com deficiência ao processo eleitoral. Monografia de conclusão de Curso de Especialização em Direitos Humanos da Faculdade de Direito da USP, 2006, em especial p. 75.

⁵⁶ STF, Tribunal Pleno, ADI-MC 1675/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 24/9/1997, v.m., DJ 19/9/2003, p. 14.

⁵⁷ Ver Recurso Extraordinário 466.343-1, Relator Min. Cezar Peluso, Voto-vogal do Min. Gilmar Mendes.

improcedência no *Caso Gilson Nogueira de Carvalho*⁵⁸) contra o Brasil, sem contar várias medidas provisórias da Corte (- cautelares - como nos *Casos Penitenciária Urso Branco*, *Penitenciária Araraquara* e do *Complexo Tatuapé da FEBEM*), considero ser útil apresentar ao leitor alguns casos tormentosos nos quais é de interesse a análise de precedentes internacionais que poderiam ser utilizados pelo STF, compatibilizando a interpretação interna e internacional sobre Direitos Humanos.

6.1. O caso da obrigatoriedade do diploma de jornalista e o Supremo Tribunal Federal

Em 1985, a Corte Interamericana de Direitos Humanos emitiu a *Opinião Consultiva n. 05*, a pedido da Costa Rica, sobre a interpretação do art. 13 do *Pacto de San José da Costa Rica*, que trata da liberdade de expressão. Vale mencionar em especial o seguinte trecho do art. 13, *in verbis*: “[...] 5. Não se pode restringir o direito de expressão por vias e meios indiretos, tais como o *abuso de controles oficiais* [...].” Em um posicionamento histórico, a Corte Interamericana de Direitos Humanos determinou que ofende à liberdade de expressão a obrigatoriedade do inscrição do jornalista em colegiado profissional, bem como a *exigência de diploma específico* para o exercício da citada profissão.

Este posicionamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos soterra as leis nacionais que, no período de ditaduras, objetivaram restringir o acesso à profissão de jornalista, como o Decreto-Lei n. 972/69, promulgado pela Junta Militar então governante no Brasil e que exigia o diploma de jornalista para o exercício da profissão.

Para a Corte Interamericana de Direitos Humanos, as liberdades de expressão e de informação são imprescindíveis em um Estado de Direito e tais regulamentações (obrigatoriedade de inscrição e exigência de diploma) são ilegítimas e violam a *Convenção Americana de Direitos Humanos*.

As opiniões consultivas da Corte Interamericana de Direitos Humanos por certo não vinculam os Estados, mas fornecem preciosa fonte de informação sobre a visão do órgão responsável justamente por interpretar as obrigações internacionais de Direitos Humanos dos Estados que ratificaram o *Pacto de San José da Costa Rica*. Nasce, como já escrevi anteriormente,⁵⁹ o fenômeno da “coisa julgada interpretada”, que orienta os Estados e que deve ser acatada justamente para que se evite uma responsabilização futura.

⁵⁸ Sem contar as recentes ações contra o Brasil (Casos Sétimo Garibaldi e Arley José Escher e Outros) promovidas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos contra o Brasil, em dezembro de 2007. Ver estudo sobre os casos Damião Ximenes Lopes e Gilson Nogueira de Carvalho em RAMOS, A. de Carvalho. *Análise Crítica dos casos brasileiros Damião Ximenes Lopes e Gilson Nogueira de Carvalho na Corte Interamericana de Direitos Humanos. II Anuário Brasileiro de Direito Internacional*, v. 1, p. 10-31, 2007.

⁵⁹ RAMOS, A. de Carvalho. *Direitos humanos em juízo*. cit.

De fato, seria ilógico que o Brasil não cumprisse a orientação contida em uma opinião consultiva e logo depois fosse processado e condenado pela própria Corte Interamericana de Direitos Humanos no âmbito de sua jurisdição contenciosa, que, como já mencionamos, o Brasil reconhece como obrigatória desde 1998.

Em 2001, o Ministério Público Federal ingressou com ação civil pública contra a União para impedir que o Ministério do Trabalho exigisse diploma de jornalista para os que desejassem exercer a profissão.⁶⁰ Entre outros argumentos opostos pelo *parquet* federal, foi invocada a *Opinião Consultiva n. 05* da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que havia decidido que:

no es compatible con la Convención una ley de colegiación de periodistas que impida el ejercicio del periodismo a quienes no sean miembros del colegio y **limite el acceso a éste a los graduados en una determinada carrera universitaria**. Una ley semejante contendría restricciones a la libertad de expresión no autorizadas por el artículo 13.2 de la Convención y sería, en consecuencia, violatoria tanto del derecho de toda persona a buscar y difundir informaciones e ideas por cualquier medio de su elección, como del derecho de la colectividad en general a recibir información sin trabas.⁶¹(Grifo meu)

A ação foi julgada procedente, obtendo-se a abolição da exigência do diploma de jornalismo para o exercício profissional. Na sequência, subiram os autos ao Tribunal Regional da 3ª Região por força da remessa *ex officio* e dos recursos voluntários. Naquela Corte Regional, sua Quarta Turma deu provimento aos recursos de apelação da União Federal. Todavia, o Ministério Público Federal interpôs recurso extraordinário perante o STF, (RE 511.961) sustentando contrariedade aos arts. 5º, inc. IX e XII, e 220, da CF/88,⁶² bem como ao art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Conforme defendi na petição inicial da Ação Civil Pública contra o diploma (de minha autoria), a exigência de diploma específico de jornalista para o exercício da profissão ofende o princípio da proporcionalidade que deve reger os atos de limitação aos direitos fundamentais.

O princípio da proporcionalidade consiste na aferição da idoneidade, necessidade e equilíbrio da intervenção estatal em determinado direito fundamental. Origina-se da lógica da moderação e justiça que deve incidir sobre toda intervenção estatal

⁶⁰ Vide Ação Civil Pública, Autor: Ministério Público Federal, Réu: União Federal, Autos n. 2001.61.0002596-3, 16.a Vara Federal de São Paulo. O autor do presente artigo, à frente da Procuradoria Regional dos Direitos do Cidadão do Ministério Público Federal, foi o Procurador da República que propôs a citada Ação.

⁶¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Parecer Consultivo n. 05/85 de 13 de noviembre de 1985, Série A n. 5, § 81. Este trecho da opinião consta da exordial do *parquet*.

⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 511.961-SP, Recorrente: Ministério Público Federal e outro, Recorridos: União e outro.

sobre direitos dos indivíduos, mesmo que o fim do ato restritivo seja evitar dano a outro direito individual. É uma técnica de controle do poder estatal, (ou como querem alguns doutrinadores, é o *limite dos limites* dos direitos fundamentais), mas também é um controle indireto do conteúdo do próprio direito fundamental.

A doutrina e a jurisprudência habitualmente decompõem o princípio da proporcionalidade em três elementos, a saber: a adequação das medidas estatais à realização dos fins propostos, a necessidade de tais medidas e finalmente a ponderação (ou equilíbrio) entre a finalidade perseguida e os meios adotados para sua consecução (proporcionalidade em sentido estrito).⁶³

Tal detalhamento do princípio da proporcionalidade garante transparência e coerência no controle dos atos estatais, que são efetuados em geral pelos Tribunais. Assim, busca-se evitar o decisionismo ou arbítrio judicial. Esse receio de um novo arbítrio, agora judicial (em geral de um tribunal superior ou de uma Corte Constitucional, mas também de um tribunal internacional) é explicado porque o juízo de proporcionalidade avalia o próprio conteúdo do ato estatal, quer seja o conteúdo de uma lei, de uma decisão administrativa ou de uma decisão judicial.

Em relação aos elementos do princípio da proporcionalidade, observamos que o primeiro deles, o juízo de idoneidade, exige que a medida estatal seja adequada para alcançar os fins almejados. Ou seja, combate-se as medidas ineficazes ou inadequadas, ou seja, *a priori* inúteis. Esse verdadeiro truísmo (se a medida é ineficaz ou inadequada ao fim proposto não deveria ser tomada, porque o sacrifício gerado é inútil) é de extrema importância para o controle de proporcionalidade das leis. Há vários casos de leis de intervenção no domínio econômico ou profissional que contém dispositivos ineficazes⁶⁴.

No caso em tela, o Decreto-Lei n. 972 exigia diploma específico de Jornalismo para exercício da profissão de jornalista para assegurar a qualidade e a ética profissional. Sem contar outros argumentos contra tal exigência, tal lei era ineficaz e inadequada, pois nada garantia que um jornalista diplomado em *profissão específica* seria mais rigoroso ou mais ético na apuração e qualidade das matérias jornalísticas de que outro. Assim, tal exigência era *inútil* para o fim proposto, impondo um sacrifício dispensável à liberdade de expressão e ao direito ao trabalho, que só servia para afastar bons profissionais do exercício da profissão analisada ou para proteger cursos superiores de Jornalismo (em geral, privados e de péssima avaliação pelo Ministério da Educação). Por definição, o

⁶³ Cf. BERNAL PULIDO, C. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, em especial p. 686-793.

⁶⁴ Ver mais sobre o princípio da proporcionalidade no Direito Internacional dos Direitos Humanos em RAMOS, A. de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. cit.

subprincípio da idoneidade possui um *status* de critério negativo, utilizável para afastar medidas *a priori* não idôneas.

A *Convenção Americana de Direitos Humanos* interpretada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos permite uma leitura *pro homine* do exercício da liberdade de expressão, o que é perfeitamente compatível com a CF/88.

A decisão final do Supremo Tribunal Federal, adotada em 17 de junho de 2009, foi amplamente favorável à liberdade de expressão e informação e, por 8 votos a 1, o recurso extraordinário do *parquet* foi provido, afastando-se a exigência do diploma de jornalismo para o exercício desta profissão.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos foi extremamente valorizada pelo STF. No voto do Ministro Relator, Gilmar Mendes, houve transcrição de parte substancial da Opinião Consultiva n. 5, o que reforça o controle de convencionalidade realizado agora pelo STF.

6.2. O direito à verdade e as Leis de Anistia

6.2.1. Os Direitos Humanos e o Direito Penal: rumo ao paradigma de proteção às vítimas

A invocação da proteção de Direitos Humanos no campo do Direito Penal e Processual Penal visa, em geral, garantir os direitos fundamentais dos acusados quer na elaboração das leis penais (proporcionalidade na dosimetria da pena, escolha adequada dos bens jurídicos merecedores da proteção penal, entre outros) quer no processo penal e execução da pena (observação do devido processo legal penal, execução da pena em respeito à dignidade humana).

Contudo, há ainda uma segunda face da influência da proteção de Direitos Humanos na área penal: a exigência de investigação, persecução e punição penal dos autores de violação de Direitos Humanos. No Direito Internacional dos Direitos Humanos consolidou-se o paradigma de respeito às vítimas por meio dos *mandados internacionais de criminalização* das condutas de violação de Direitos Humanos.⁶⁵

Diante da gravidade das condutas de violação de Direitos Humanos, há o dever do Estado em investigar e punir os responsáveis pelas violações, de modo a evitar a impunidade e prevenir a ocorrência de novas violações.

Há vários textos normativos do Direito Internacional dos Direitos Humanos que comprovam a existência deste dever de punir criminalmente em nome da proteção de

⁶⁵ RAMOS, A. de Carvalho. Mandados de criminalização no direito internacional dos direitos humanos: novos paradigmas da proteção das vítimas de violações de direitos humanos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 14, n. 62, p. 09-55, set./out. 2006.

Direitos Humanos. Entre outros, a Conferência da ONU sobre Direitos Humanos ocorrida em 1993, determinou, na *Declaração e Programa de Ação de Viena*, que os Estados têm o *dever de investigar alegações de desaparecimentos forçados e ainda de processar criminalmente os responsáveis por violações de Direitos Humanos*. Além disso, o Estado deve *revogar* qualquer legislação interna que *dificulte* tal tarefa.⁶⁶

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, no célebre *Caso Velásquez Rodríguez*, sustentou que tal dever de investigar, processar e punir é fruto do disposto no art. 1.1 da *Convenção Americana de Direitos Humanos*. Tal artigo impõe aos Estados a obrigação de *garantia* do respeito aos direitos protegidos por esta Convenção, o que implica em dizer que cabe aos Estados prevenir a ocorrência de novas violações.⁶⁷

Nesse sentido, em outra decisão da Corte (*Caso dos Meninos de Rua da Guatemala*) estabeleceu-se que “[...] debe la Corte señalar que, del artículo 1.1, se desprende claramente la obligación estatal de investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos en la Convención como medio para garantizar tales derechos”.⁶⁸

Cite-se a outra decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos, relativa ao *Caso Suarez Rosero*, na qual novamente esta Corte estabeleceu o *dever do Estado equatoriano de investigar e punir* as pessoas responsáveis pelas violações de Direitos Humanos mencionadas na sentença. De acordo com a Corte Interamericana de Direitos Humanos:

Como consecuencia de lo dicho, la Corte considera que el Ecuador debe ordenar una investigación para identificar y, eventualmente, sancionar a las personas responsables de las violaciones a los derechos humanos a que se ha hecho referencia en esta sentencia.⁶⁹

Assim, o “dever de investigar, processar e punir” imposto corriqueiramente aos Estados contratantes da *Convenção Americana de Direitos Humanos* pela Corte Interamericana de Direitos Humanos desde os chamados casos hondurenhos é modalidade de “garantia de não-repetição”. A investigação e punição enquanto dos autores de violações

⁶⁶ De acordo com o texto, “60. Os Estados devem ab-rogar leis conducentes à impunidade de pessoas responsáveis por graves violações de Direitos Humanos, como a tortura e punir criminalmente essas violações, proporcionando, assim, uma base sólida para o Estado de Direito.”

⁶⁷ Art. 1º - Obrigação de respeitar os direitos. 1. Os Estados-partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

⁶⁸ Ver in Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Caso Villagrán Morales y Otros*, Sentença de Mérito de 19 de novembro de 1999, Série C n. 63, § 225.

⁶⁹ Ver in Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Caso Suarez Rosero*, sentença de 12 de novembro de 1997, § 107, p.31.

de Direitos Humanos aponta para a necessidade de prevenção de futuros abusos. Para a mesma Corte, a prevenção consiste

no conjunto de todos os meios de natureza legal, política, administrativa e cultural que promova a proteção de Direitos Humanos e assegura que todas as violações sejam consideradas e tratadas com atos ilícitos, os quais, como tais, acarretam punição dos responsáveis e na obrigação de indenizar as vítimas.⁷⁰

Como se sabe, uma sociedade que esquece suas violações presentes e passadas de Direitos Humanos está fadada a repeti-las.

A *Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes* estabeleceu, em seu art. 4º, a obrigação do Estado de punir os crimes com penas adequadas que levem em conta a sua gravidade. *Tal convenção exige investigação, persecução penal e indenização às vítimas.* A *Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial* estipula, por sua vez, a necessidade de criminalização de certos atos de discriminação racial.⁷¹ Ainda o art. VI desta Convenção exige que sejam estabelecidos remédios judiciais para a justa reparação da discriminação racial sofrida. Já o Comitê estabelecido pela *Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes*, confrontado com as leis internas restringindo a persecução penal ou mesmo extinguindo a punibilidade de certas violações de Direitos Humanos, decidiu que tal Convenção, quando aborda a proteção contra a tortura, inclui a necessidade de investigação e punição, concluindo que os Estados devem evitar leis de anistia a atos de tortura, pois tais leis violam o dever de investigar e punir.⁷²

No mesmo diapasão, a Corte Européia de Direitos Humanos interpretou o direito a remédio judicial previsto no art. 13 da *Convenção Européia de Direitos Humanos* para nele incluir a obrigação do Estado de investigar e punir. Cite-se, então, o *Caso X e Y contra Holanda*, no qual a legislação holandesa que previa o direito de queixa penal exclusivamente pela vítima. Como a vítima era incapaz, a persecução penal tornou-se impossível. A Corte Européia de Direitos Humanos considerou que a ação cível (como

⁷⁰ Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Caso Velásquez Rodríguez - Mérito*, sentença de 29 de julho de 1988, Série C n. 4, § 175. Mais comentários sobre esse caso em RAMOS, A. de Carvalho. *Direitos humanos em juízo*. cit. p.118-145.

⁷¹ Art. IV, b.

⁷² De acordo como o Comitê: “The Committee has noted that some States have granted amnesty in respect of acts of torture. Amnesties are generally incompatible with the duty of States to investigate such acts; to guarantee freedom from such acts within their jurisdiction; and to ensure that they do not occur in the future.” Cf. ROHT-ARRIAZA, N. Sources in International Treaties of and Obligation to investigate and Prosecute. In: ROHT-ARRIAZA, N. (Org.). *Impunity and human rights in international law and practice*. New York;Oxford : Oxford University Press, 1995. p. 29.

alegava o governo) não era uma remédio adequado como reparação, após ofensa aos Direitos Humanos. Sendo assim, a Corte Européia de Direitos Humanos condenou o Estado holandês, que, de acordo com a sistemática do art. 50 da *Convenção Européia de Direitos Humanos*, reparou o dano ao modificar o seu Código Penal, possibilitando aos representantes legais de incapaz de representar penalmente contra o ofensor sexual da vítima.⁷³ Logo, em face da *Convenção Européia de Direitos Humanos*, uma das conseqüências da violação de Direitos Humanos é a necessidade da investigação e persecução penal.

Logo, o Direito Internacional dos Direitos Humanos reconheceu a existência de obrigação da identificação dos agentes responsáveis pela violação dos direitos protegidos, persecução criminal dos mesmos e conseqüente afastamento da função pública que porventura exerçam. Essas obrigações buscam o combate à impunidade, com o conseqüente desestímulo a novas condutas atroz.

Por outro lado, espera-se que os Direitos Humanos sejam verdadeiramente garantidos na esfera internacional e que o processo de responsabilização dos perpetradores não termine com uma declaração vazia de conteúdo do Estado requerido de que “*iniciará as investigações*”.⁷⁴ De fato, no *Caso dos Meninos de Rua da Guatemala*, houve vários assassinatos e torturas de crianças constatadas, sem que os responsáveis fossem punidos, em face da ausência de uma investigação séria por parte do aparato policial-judicial daquele Estado.

Nesse sentido, a Corte Interamericana de Direitos Humanos foi direta ao ponto e declarou que:

Esta Corte ha señalado con claridad que la obligación de investigar debe cumplirse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. Debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad.⁷⁵

⁷³ De acordo com a Corte Européia de Direitos Humanos, em alguns casos a prevenção só pode ser obtida por meio de dispositivos da lei penal. Assim, segundo a Corte Européia de Direitos Humanos, “The Court finds that the protection afforded by the civil law in the case of wrongdoing of the kind inflicted on Miss Y is insufficient. This is a case where deterrence is indispensable in this area and it can be achieved only by criminal-law provisions; indeed, it is by such provisions that the matter is normally regulated”. Corte Européia de Direitos Humanos, *X & Y vs. Netherlands*, sentença de 26 de março de 1985, Série A, n. 91, § 27.

⁷⁴ RAMOS, A. de Carvalho. *Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2004.

⁷⁵ Ver in Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Caso Villagrán Morales y Otros*, Sentença de Mérito de 19 de novembro de 1999, Série C No. 63, § 226.

Deve-se evitar, então, que o ônus da prova do envolvimento de agentes públicos seja da vítima, pois o Estado deve possuir agentes independentes capazes de auxiliar a busca da verdade. Pelo contrário, deve ser estabelecido, sob pena da responsabilização internacional do Estado, um sistema interno eficiente de investigação, punição e indenização às vítimas.

Em resumo, é patente hoje *a necessidade do Estado de investigar em boa-fé todas as alegações de violação de tratados internacionais de Direitos Humanos*. A perda de cargos públicos e a impossibilidade de reocupar tais funções também devem ser impostas, de modo a impedir novas violações.⁷⁶

6.2.2. A Lei da Anistia brasileira, o Caso Herzog e o STF

Julgo conveniente abordar, neste ponto do estudo, os recentes casos de reparação das vítimas de violações graves de Direitos Humanos pelas ditaduras latino-americanas, tendo em vista a recente reabertura de processos contra os envolvidos em atos bárbaros de tortura, homicídios, desaparecimentos forçados e outras condutas de violação de Direitos Humanos na ditadura militar brasileira, o que redundará, sem dúvida, na apreciação final da matéria pelo STF.

Em primeiro lugar, a legislação nacional a ser utilizada, de regra, em casos de reparação de Direitos Humanos violados, é a legislação interna geral que rege a matéria da responsabilidade civil e penal de um determinado Estado. De fato, a criação de regras próprias para a reparação de violações de Direitos Humanos iniciou-se apenas com as leis especiais editadas a partir da normalização democrática nos países latino-americanos recém-egressos de ditaduras.

Na Argentina, a política especial de reparação a vítimas da ditadura militar inicia-se em 1986 com a edição da Lei n. 23.466 de 30 de outubro, que estabeleceu pensões para familiares de pessoas desaparecidas de maneira involuntária até o dia 10 de dezembro de 1983. Novos diplomas normativos são editados e aumentam progressivamente o número de beneficiários do programa de reparação, sendo fixadas as bases para o cálculo da reparação.⁷⁷

⁷⁶ Cf. RAMCHARAN, B. G. Sanctions for Protection: International Responsibility for Violations of Human Rights Obligations. In: RAMCHARAN, B. G. *The concept and present status of international protection of human rights: forty years after the universal declaration*. Dordrecht: Martius Nijhoff Publishers, 1989. p. 288.

⁷⁷ Ver as Leis ns. 24.111/94, 24.436/95 e os decretos 70/91 e 2151/91. Cf. PAOLILLO, F. H. Derechos Humanos e reparación (con especial referencia al sistema interamericano). In: TRINDADE, A. A. Cançado; SWINARSKI, C. (Ed.), *Héctor Gros Espiell — Amicorum Liber: Persona humana y derecho internacional/ Personne humaine et droit international/The human person and international law*. Brussels: Bruylant, 1997. p. 983-1.006.

No caso chileno, a Comissão Nacional de Verdade e Reconciliação propôs ao Governo chileno uma série de medidas destinadas de reparação às vítimas e seus familiares de atos violadores de Direitos Humanos durante a ditadura. Assim, com base neste trabalho, foi editada a Lei n. 19.123 de 3 de janeiro de 1992, que proporciona uma série de vantagens financeiras às famílias e vítimas de violações, como pensões e indenizações de prestação única, além de auxílio médico e educacional.

No caso uruguaio, a Lei n. 15.848 de dezembro de 1986 estabeleceu a extinção da punibilidade dos autores de crimes contra os Direitos Humanos durante a ditadura. Essa extinção não afetou o pagamento de indenizações às vítimas e familiares, mas impossibilitou a perseguição criminal dos autores dos delitos.

O caso brasileiro segue a regra geral aqui apontada. Em relação às leis especiais relativas à reparação às vítimas e familiares da ditadura recente brasileira, cite-se a Lei n. 6.683 de 28 de agosto de 1979, que concedeu anistia ampla, geral e irrestrita aos que participaram do processo de golpe e manutenção do regime ditatorial e também àqueles acusados de crimes políticos e conexos. Em 1995, *foi aprovada a Lei n. 9.140* que estabelece o montante da indenização às vítimas e familiares de pessoas mortas ou desaparecidas por violações de direitos fundamentais por parte do Estado brasileiro.

Entretanto, a obrigação internacional, nascida da violação de Direitos Humanos, de investigar e punir – cada vez mais clara em tratados de Direitos Humanos – *foi deixada de lado pelas leis de reconciliação nacional*.

Essa omissão proposital fez parte de um processo no qual os agentes responsáveis pelas violações de Direitos Humanos exigiram um *tratamento privilegiado* em troca do apoio à redemocratização. Entretanto, como já salientado, não pode o Estado opor sua legislação interna como justificativa para o inadimplemento da obrigação de total reparação das vítimas, o que inclui, como vimos, a obrigação de investigar e perseguir em juízo os agentes responsáveis pelos atos de violação de Direitos Humanos.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, por seu turno, manteve-se fiel aos princípios da responsabilidade internacional do Estado por violação de Direitos Humanos e *condenou o Estado uruguaio pela edição da lei de reconciliação nacional, que atentaria contra o dever de investigar e punir os responsáveis pelos atos de violações de Direitos Humanos*. Para a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, o Uruguai, ao editar a citada Lei n. 15.848/86, violou o art. 1.1 da *Convenção Americana de Direitos Humanos* (garantia e respeito aos Direitos Humanos). Logo, tal lei interna é incompatível, segundo a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, com a *Convenção Americana de Direitos Humanos* e com a *Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem*. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos concluiu recomendando ao Uruguai

que adotasse *todas as medidas necessárias* ao estabelecimento da verdade dos fatos e da identificação dos responsáveis pelas violações.⁷⁸

No *Caso Loayza Tamayo*, a Corte Interamericana de Direitos Humanos enfrentou a posição do Estado peruano, que se insurgiu contra o dever de investigar e punir os responsáveis pela ilegal detenção da Sra. Tamayo, alegando *anistia geral* aos membros das Forças Armadas e Polícias Civil e Militar.⁷⁹ A Corte Interamericana de Direitos Humanos foi enfática ao *repudiar a posição do Peru*. Para a Corte Interamericana de Direitos Humanos, os Estados *não podem* justificar o inadimplemento de suas obrigações internacionais invocando dispositivos internos. Logo, como a *Convenção Americana de Direitos Humanos* garante que toda pessoa sujeita a jurisdição de um Estado o acesso à justiça para fazer valer seus direitos, impõe-se aos Estados a obrigação de prevenir, investigar, identificar e sancionar os autores das violações de Direitos Humanos.

Segundo a lapidar sentença da Corte:

Los Estados no pueden, para no dar cumplimiento a sus obligaciones internacionales, invocar disposiciones existentes en su derecho interno, como lo es en este caso la Ley de Amnistia expedida por el Perú, que a juicio de esta Corte, obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia. Por estas razones, el argumento del Peru en el sentido de que le es imposible cumplir con ese deber de investigar los hechos que dieron origen al presente caso debe ser rechazado.⁸⁰

Já no *Caso Barrios Alto*, a Corte Interamericana de Direitos Humanos reiterou seu entendimento de que as leis de anistia violam a *Convenção Americana de Direitos Humanos*. De fato, em passagem extremamente clara, a Corte Interamericana de Direitos Humanos afirmou que:

son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.⁸¹

⁷⁸ Ver Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Report n. 29/92 (Casos 10.029, 10.036, 10.145, 10.305, 10.372, 10.373, 10.374 e 10.375), de 2 de outubro de 1992, in 13 Human Rights Law Journal (1992), p. 340-345.

⁷⁹ O governo Fujimori é o responsável pela aprovação dos Decretos-leis n. 26.479 e 26.492 (leis de anistia).

⁸⁰ Ver in Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Caso Loayza Tamayo, Reparações*, sentença de 27 de novembro de 1998, Série C n. 42, § 168.

⁸¹ Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Caso Barrios Altos*, sentença de 14 de março de 2001, Série C n. 75, § 41.

Nesse último caso, a Corte Interamericana de Direitos Humanos assinalou que as leis de anistia adotadas pelo Peru de Fujimori violaram o art. 8.1 da *Convenção Americana de Direitos Humanos* (direito dos parentes das vítimas de serem ouvidos por um juiz – direito de acesso à justiça), o art. 25 (direito ao devido processo legal) e finalmente o art. 1.1 (obrigação de garantir os Direitos Humanos, por meio da punição aos autores das violações).⁸² Foi determinado ao Estado peruano, então, que simplesmente investigasse, processasse e punisse os responsáveis pelas violações, até então, “anistiados”.⁸³

Resta saber qual deve ser a posição da Corte Interamericana de Direitos Humanos em face da lei de anistia brasileira. Tal assertiva pode parecer surpreendente, pois o Brasil, ao reconhecer a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, no final de 1998, inseriu no ato de reconhecimento, a tradicional “*cláusula temporal*”, pela qual somente casos ocorridos *após* tal data seriam adjudicáveis à tal Corte. Contudo, há precedentes na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos que reconhecem o caráter *permanente* de determinadas violações de Direitos Humanos. Cite-se, por exemplo, o *Caso Blake*, no qual a Guatemala justamente alegou não ter a Corte Interamericana de Direitos Humanos jurisdição sobre os eventos que ocasionaram o assassinato do jornalista americano Nicholas Blake, que ocorreu em 1985, efetivamente, antes do reconhecimento jurisdição desta Corte, com a citada “*cláusula temporal*” é claro, pelo Estado guatemalteco, o que ocorreu em 1987.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos não aceitou tal defesa preliminar, uma vez que a violação analisada não dizia respeito à violação ao direito à vida do Sr. Blake, ocorrida em 1985, mas sim, à violação do art. 1.1, entre outros, uma vez que a Guatemala, até o julgamento do caso, não havia ainda punidos os responsáveis por aqueles atos bárbaros. Logo, a violação a tais artigos eram violações que perduravam no tempo, sendo *posteriores ao reconhecimento* da jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Recentemente, a Corte Interamericana de Direitos Humanos reiterou este entendimento na decisão adotada no *Caso de La Comunidad Moiwana vs. Suriname*, julgado em 15 de junho de 2005, no qual se apurava a responsabilidade internacional do Suriname por um massacre ocorrido em novembro de 1986. Para a Corte Interamericana de Direitos Humanos, o Suriname deve responder pelos seus atos omissivos *após o reconhecimento da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos*, entre eles, o de não ter investigado e punido os autores do massacre.

⁸² Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Caso Barrios Altos*, sentença de 14 de março de 2001, Série C n. 75, §§ 42 e 44.

⁸³ Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Caso Barrios Altos*, sentença de 14 de março de 2001, Série C n. 75, §§ 4º e 5º do dispositivo da sentença,.

No caso brasileiro, em face do ocorrido na chamada “guerrilha do Araguaia” e nos casos de tortura, homicídios e desaparecimentos forçados, a situação é similar. Os fatos e a lei da anistia são da década de 70, bem antes do reconhecimento brasileiro da jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, mas *os corpos continuam desaparecidos e os responsáveis por eventuais violações de Direitos Humanos continuam impunes*, uma vez que a anistia impediu as possíveis ações penais. Assim, a lógica do *Caso Blake* pode ser perfeitamente aplicada ao Brasil, tornando ineficaz a cláusula temporal inserida no nosso ato internacional de reconhecimento da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Saliente-se, por fim, que o *Caso Blake*, que nos traz essa interpretação sobre os limites à jurisdição temporal da Corte, foi sentenciado em 24 de janeiro de 1998, quase um ano antes do reconhecimento pelo Brasil da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos.⁸⁴

Porém, no Brasil, há ainda precedentes internos que aplicam a citada lei da anistia e consideram extinta a punibilidade penal de acusados de violação de Direitos Humanos da época da ditadura.

No que tange ao homicídio do jornalista Vladimir Herzog ocorrido nas dependências do DOI/CODI São Paulo (Destacamento de Operações de Informações do Centro de Operações de Defesa Interna do II Exército brasileiro) em 1975, houve tentativa de persecução penal dos responsáveis pela sua morte (na versão oficial da época, suicídio) em 1992. Naquele ano, o Ministério Público de São Paulo requisitou a abertura de inquérito policial à Polícia Civil para apurar as circunstâncias de seu homicídio, motivado nos novos elementos de prova então surgidos a partir de declarações prestadas por Pedro Antônio Mira Granieri (vulgo “Capitão Ramiro”) à Revista “Isto É, Senhor”, edição de 25 de março de 1992 (Inquérito Policial n. 704/92 – 1ª Vara do Júri de São Paulo). Granieri foi investigador de polícia civil requisitado para atuar no DOI/CODI e figurava como investigado no citado inquérito policial pela prática de homicídio. Entretanto, por força de *Habeas Corpus* impetrado em seu favor, a Quarta Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo determinou o trancamento do Inquérito Policial, por considerar que os ilícitos criminais teriam sido contemplados pela anistia prevista na Lei n. 6.683/79.⁸⁵

Cabe, então, ao STF adequar a jurisprudência interna à jurisprudência internacional e reconhecer: 1) a invalidade das leis de auto-anistia e a impossibilidade de se alegar extinção de punibilidade nestes casos; 2) reconhecer que a *Convenção Americana de Direitos Humanos*, pela sua estatura constitucional e internacional, exige a

⁸⁴ Ocorrido em 10 de dezembro de 1998.

⁸⁵ Tribunal de Justiça de São Paulo, HC 131.798.3/4-01, julgado em 13 de outubro de 1993. O Recurso Especial interposto ao Superior Tribunal de Justiça não foi conhecido por questões processuais. Registre-se que as informações envolvendo o caso Herzog são fruto do trabalho minucioso sobre o tema de Marlon Alberto Weichert, Procurador Regional da República.

plena investigação e punição penal aos perpetradores de atos bárbaros de ofensa a Direitos Humanos e 3) evitar que o Brasil seja condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos por descumprir a jurisprudência reiterada da própria Corte Interamericana de Direitos Humanos.

6.3 O direito de informação sobre a assistência consular: a *Opinião Consultiva n. 16* e o STF

A notificação a todo e qualquer detido estrangeiro de seu direito à assistência consular consta do art. 36 da *Convenção de Viena sobre Relações Consulares*, de 1963. De acordo com tal Convenção, o Estado que envia seus representantes consulares e o Estado que recebe esses representantes (Estado receptor, na linguagem da Convenção citada) aceitaram uma série de obrigações, que garante a continuidade das relações internacionais. Entre as obrigações estabelecidas para o Estado receptor está a de notificar o estrangeiro detido, imediatamente, do direito à assistência do seu consulado (art. 36 da *Convenção de Viena sobre Relações Consulares*).⁸⁶

Com isso, o texto consagra o direito do estrangeiro privado de liberdade de ser informado, “imediatamente”, de que tem: a) direito de solicitar e obter que as autoridades competentes do Estado receptor informem ao escritório consular competente sobre sua prisão ou detenção preventiva, e b) direito a dirigir ao escritório consular competente qualquer comunicação, para que esta lhe seja transmitida sem demora.

Vale destacar que os direitos mencionados anteriormente foram reconhecidos pela Comunidade Internacional no conjunto de *Princípios para a Proteção de todas as Pessoas Submetidas a qualquer forma de Detenção ou Prisão*, adotado pela Assembléia Geral da ONU.⁸⁷

O descumprimento deste direito à informação sobre a assistência consular pode gerar sérios prejuízos à defesa do estrangeiro, uma vez que seu Consulado pode

⁸⁶ *In verbis*: art. 36 (1), b: “1. A fim de facilitar o exercício das funções consulares relativas aos nacionais do Estado que envia: [...] b) se o interessado lhes solicitar, as autoridades competentes do Estado receptor deverão, sem tardar, informar a repartição consular competente quando, em sua jurisdição, um nacional do Estado que envia for preso, encarcerado, posto em prisão preventiva ou detido de qualquer outra maneira. Qualquer comunicação endereçada à repartição consular pela pessoa detida, encarcerada ou presa preventivamente deve igualmente ser transmitida sem tardar pelas referidas autoridades. Estas deverão imediatamente informar o interessado de seus direitos nos termos do presente sub-parágrafo.”

⁸⁷ ONU. Assembléia Geral. Resolução n. 43/173: *Conjunto de Princípios para a Proteção de todas as Pessoas Submetidas a qualquer forma de Detenção ou Prisão*, (9 de dezembro de 1988) Princípio 16.2. Vide também ONU. Assembléia Geral da ONU. Resolução n. 40/144: *Declaração sobre os direitos humanos dos indivíduos que não são nacionais do País em que vivem* (13 de dezembro de 1985). Art. 10.

contribuir para o estabelecimento de uma relação de confiança entre o advogado (muitas vezes defensor público ou advogado dativo) e seu cliente.⁸⁸

Por seu turno, a *Convenção de Viena sobre Relações Consulares* prevê que um Estado Contratante pode submeter à Corte Internacional de Justiça eventuais reclamos de descumprimento desta Convenção por parte de outro Estado. Nos *Casos Breard e LaGrand*, Paraguai e Alemanha, respectivamente, processaram os Estados Unidos que, reiteradamente, não notificam os estrangeiros lá detidos do direito à assistência consular.⁸⁹ No mesmo diapasão, o México solicitou a elaboração de opinião consultiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre eventual impacto jurídico do descumprimento da notificação do direito à assistência consular.

Embora sob protestos dos Estados Unidos (membro da OEA, mas que nunca ratificou o *Pacto de San José da Costa Rica*), a Corte Interamericana de Direitos Humanos conheceu do pedido mexicano e emitiu sua *Opinião Consultiva nº 16*, no qual reconheceu que o direito à informação de todo estrangeiro detido sobre a assistência consular (previsto no art. 36 da *Convenção de Viena sobre Relações Consulares*) insere-se no conceito de “devido processo legal” previsto no art. 8º da *Convenção Americana de Direitos Humanos*. Assim, todo estrangeiro detido tem o direito subjetivo de ser informado do direito à assistência de seu Consulado. Logo, para a Corte Interamericana de Direitos Humanos, todo ser humano privado de sua liberdade em outro país deve ser imediatamente informado pelas autoridades públicas de que pode contar com a assistência do cônsul do país de origem, antes mesmo de prestar qualquer declaração, evitando que, sem a assistência adequada, possa vir a comprometer sua defesa.

Como na solicitação da Opinião Consultiva o México havia feito menção a vários casos de mexicanos condenados à pena de morte nos Estados Unidos sem a observância anterior do citado direito à informação sobre a assistência consular, a Corte determinou que, nestes casos, há ainda a violação do art. 4º do *Pacto de San José da Costa Rica*, que se refere ao direito de não ser privado da vida de modo arbitrário.

Com isso, a Corte Interamericana de Direitos Humanos reconheceu que *direitos fundamentais* podem estar previstos inclusive em tratados internacionais tradicionais. De fato, é evidente que a *Convenção de Viena sobre Relações Consulares*, em seu complexo, não consiste em tratado de Direitos Humanos. Mas, sequer o México questionara tal aspecto. Em verdade, solicitara que a Corte Interamericana de Direitos

⁸⁸ RAMOS, A. de Carvalho. *Direito humanos em juízo: comentários aos casos contenciosos e consultivos da corte interamericana de direitos humanos*. cit.

⁸⁹ Vide *Case concerning the Vienna Convention on Consular Relations (Paraguay v. United States of America)*, Request for the indication of provisional measures, Order, 9 April 1998, ICJ Reports (1998) e *Case Concerning the Vienna Convention on Consular Relations (Germany v. United States of America)*, ICJ Reports (2001).

Humanos determinasse se um dispositivo, o art. 36, referia-se à proteção dos Direitos Humanos, possibilidade admitida por esta Corte.

Assim, a Corte Interamericana de Direitos Humanos concluiu que o art. 36 da *Convenção de Viena sobre Relações Consulares reconhece ao detido estrangeiro direitos individuais correspondentes a deveres do Estado receptor*. Finalmente, opinou tal Corte, por unanimidade, que as disposições internacionais que concernem à proteção dos Direitos Humanos nos Estados americanos, inclusive a consagrada no art. 36.1.b da *Convenção de Viena sobre Relações Consulares, devem ser respeitadas pelos Estados americanos partes nas respectivas convenções, independentemente de sua estrutura federal ou unitária*.

No Brasil, essa visão da Corte Interamericana de Direitos Humanos obteve ampla repercussão. O Ministério Público Federal, por meio da Procuradoria Regional dos Direitos do Cidadão do Estado de São Paulo, expediu recomendação à Polícia Federal para que esta sempre notificasse o estrangeiro detido, antes de qualquer declaração, de seu direito à assistência consular, utilizando como fundamento, entre outros, a *Opinião Consultiva n. 16*.⁹⁰

No STF, houve já plena referência à jurisprudência internacional de Direitos Humanos sobre o direito de informação sobre a assistência consular. Na Extradução 954,⁹¹ o Relator Min. Joaquim Barbosa, em decisão monocrática, discorreu longamente sobre o direito do estrangeiro detido (no caso, em pleno processo de extradição) de ser informado sobre o direito à assistência consular.

Para o Min. Barbosa:

Assim, sempre que as autoridades detiverem um estrangeiro, deve este ser informado de que possui a prerrogativa de solicitar a assistência de autoridade consular de Estado do qual é nacional. Do mesmo modo, se o indivíduo fizer a solicitação, a comunicação às autoridades consulares estrangeiras não lhe pode ser negada. A doutrina internacionalista, bem como a maciça jurisprudência de tribunais internacionais, tem enfatizado que existe um direito humano à solicitação de assistência consular - ver, a respeito, a decisão da Corte Internacional de Justiça no Caso La Grand (Germany vs. United States of America), de 27.06.2001, e a Opinião Consultiva 16 da

⁹⁰ Cf. o texto da Recomendação do MPF em ARAUJO, N. de. A influência das opiniões consultivas da Corte Interamericana de Direitos Humanos no ordenamento jurídico brasileiro. In: MENEZES DIREITO, C. A., TRINDADE, A. A. Cançado; PEREIRA, A. C. A. (Orgs). *Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Celso D. de Albuquerque Mello*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2008. p. 575-594, em especial p. 590.

⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradução 954/ Itália. Requerente: Governo da Itália. Extraditando: Marcel Van den Berg ou Marcel Van den Bergh. Brasília, 07/06/2006. Publicado em 19/06/2006.

Corte Interamericana de Direitos Humanos, de 1º.10.1999, a qual contém uma série de citações doutrinárias que corroboram essa tese. [...] A linguagem da Convenção de Viena sobre Relações Consulares é suficientemente ampla para abarcar toda e qualquer privação de liberdade efetuada por autoridades públicas. No caso concreto, verifico que a extradição se refere a nacional belga, tendo o pedido sido formulado pela Itália. Além disso, o indivíduo se encontra preso por condenação da Justiça Brasileira - ou seja, sua prisão busca muito mais que permitir o processamento da extradição; é decorrência de responsabilidade penal atribuída por autoridades judiciárias brasileiras. Isso tudo justifica a aplicação do art. 36 (1), b. Assim, o estrangeiro deve ser informado do direito de solicitar assistência consular, à luz do citado dispositivo da Convenção de Viena sobre Relações Consulares.⁹²

A Federalização das Graves Violações de Direitos Humanos e a as Ações Diretas de Inconstitucionalidade 3.486⁹³ e 3.493⁹⁴ em trâmite no STF

A jurisprudência constante da Corte Interamericana de Direitos Humanos e dos demais tribunais internacionais não admite que o Estado justifique o descumprimento de determinada obrigação em nome do respeito a “competências internas de entes federados”.

No que tange aos Estados Federais, o Direito Internacional há muito exige o cumprimento fiel das normas internacionais, sem aceitar que a divisão constitucional de competências possa ser usada para legitimar a violação da norma internacional.

O Estado Federal é, de acordo com o Direito Internacional, uno e passível de responsabilização internacional, mesmo quando o fato internacionalmente ilícito é da atribuição interna de um Estado-membro da Federação.⁹⁵ Assim, a Federação responde pela conduta de seus entes internos. Esse entendimento é parte integrante do Direito dos Tratados⁹⁶ e do Direito Internacional costumeiro. A ausência de “competência federal” é matéria de Direito interno e não de Direito Internacional. O Estado Federal responde

⁹² Ver Extradição 954, publicada no DJ de 24/05/2005.

⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.486/DF. Requerente: Associação dos Magistrados Brasileiros. Requerido: Congresso Nacional. Relator: Min, Sepúlveda Pertence. Brasília, 23/05/2005. Publicado em 30/05/2005.

⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.493/DF. Requerente: Associação Nacional de Magistrados Nacionais. Requerido: Congresso Nacional. Relator: Min, Sepúlveda Pertence. Brasília, 23/05/2005. Publicado em 30/05/2005.

⁹⁵ RAMOS, A. de Carvalho. *Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos*. cit.

⁹⁶ A *Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados* estabelece em seu art. 27 que “Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o descumprimento de um tratado. Esta regra não prejudica o artigo 46”. Ainda, estipula o art. 29 que um tratado, em geral, é aplicável em todo o território de um Estado, o que também é válido para os Estados Federais.

pelo fato internacionalmente ilícito da mesma maneira que responde por atos ou omissões efetuadas por seu agente, mesmo quando este age em cumprimento estrito do Direito interno. Alegar obediência ao Direito interno (por exemplo, o Governo Federal afirma não poder “invadir” esfera de atribuição de outro ente federado) não é aceito como excludente da responsabilidade internacional do Estado.

Nos tratados internacionais de Direitos Humanos, então, observa-se a regra pela qual um Estado-Parte ao aderir ao tratado, deve ter ciência da impossibilidade de justificar, com base em sua forma interna de organização, violações de Direitos Humanos.

No que tange ao sistema interamericano de Direitos Humanos, objeto de nosso estudo, cite-se que há diversos casos na Comissão Interamericana de Direitos Humanos e agora na Corte Interamericana de Direitos Humanos *contra* o Brasil por ato de ente federado. Por exemplo, no *Caso Maria da Penha*, o Brasil foi condenado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos por violação de Direitos Humanos causada, basicamente, pela delonga do Tribunal de Justiça do Ceará em aplicar a lei penal em prazo razoável.⁹⁷ Além deste caso, emblemático por ter influenciado a elaboração da Lei n. 11.340, citem-se ainda os acordos perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos aceitos pelo Brasil nos *Casos José Pereira*,⁹⁸ *das Crianças emasculadas no Maranhão e da morte do jovem indígena Macuxi no município de Normandia, no Estado de Roraima*.

Já perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, cite-se o *Caso Damião Ximenes Lopes* no qual o Brasil foi condenado por conduta do Poder Judiciário do Ceará.⁹⁹ No mesmo diapasão, as decisões cautelares (medidas provisórias) adotadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos nos *Casos Penitenciária Urso Branco, Penitenciária Araraquara* e do *Complexo Tatuapé da FEBEM* têm relação direta com atos de Estados-membros de nossa Federação.

Porém, no plano internacional, compete à União Federal (e não aos entes federados) apresentar a defesa do Estado brasileiro e tomar as providências para a implementação da deliberação internacional, inclusive quanto às garantias de não-repetição da conduta. Assim, as obrigações de reparar os danos e prevenir novas condenações internacionais comprovam o interesse jurídico da União Federal para agir no plano interno.

⁹⁷ Vide Relatório 54/01, referente ao Caso 12.051, de 04 de abril de 2001.

⁹⁸ Tal acordo gerou a edição da Lei n. 10.706/2003, que assegurou o pagamento de R\$ 52.000,00 de indenização ao trabalhador José Pereira, pela redução à condição análoga de escravo.

⁹⁹ RAMOS, A. de Carvalho. *Análise crítica dos casos brasileiros Damião Ximenes Lopes e Gilson Nogueira de Carvalho na Corte Interamericana de Direitos Humanos*. cit.

Este interesse jurídico motivou a elaboração da proposta de emenda à CF/88 de n. 368/96, que propunha que fossem acrescentados dois incisos no rol do art. 109 (competência dos juízes federais), para dar competência do julgamento de crimes contra os Direitos Humanos à Justiça Federal.

Após longo trâmite, foi aprovada a EC 45/04 que introduziu novo inciso no art. 109, dotando os juízes federais de competência para julgar “[...] V-A as causas relativas a Direitos Humanos a que se refere o § 5º deste artigo” e ainda foi criado o novo §5º. do mesmo artigo, que estabelece que

§ 5º Nas hipóteses de grave violação de Direitos Humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de Direitos Humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal.

Ficou consagrado, então, um instrumento que, ao lado da intervenção federal por violação dos direitos da pessoa humana (art. 34, inc. VII, “b”, da CF/88) e da autorização prevista na Lei n. 10.446/02 para atuação da Polícia Federal em investigações de crime de competência estadual, possibilitam à União Federal fazer cumprir obrigações internacionais de defesa de Direitos Humanos.

Com isso, na medida em que haja inércia ou dificuldades materiais aos agentes locais, pode o Chefe do Ministério Público Federal, o Procurador-Geral da República, requerer ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) o deslocamento do feito, em qualquer fase e de qualquer espécie (cível ou criminal) para a Justiça Federal.

Apesar de ter sido julgado improcedente, o único Incidente de Deslocamento de Competência (IDC) até agora requerido pela Procuradoria-Geral da República, o IDC n. 01 referente ao homicídio de Dorothy Stang, é fonte preciosa para análise do novel instituto. Em primeiro lugar, o STJ conheceu o pedido e assim confirmou sua constitucionalidade. Citando expressamente a *Convenção Americana de Direitos Humanos* decidiu o STJ:

todo homicídio doloso, independentemente da condição pessoal da vítima e/ou da repercussão do fato no cenário nacional ou internacional, representa grave violação ao maior e mais importante de todos os direitos do ser humano, que é o direito à vida, previsto no art. 4º, nº 1, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, da qual o Brasil é signatário.¹⁰⁰

¹⁰⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Incidente de Deslocamento de Competência n. 1/PA. Relator Ministro Arnaldo Esteves. Brasília, 08/06/2005. Publicado em 10/10/2005.

Ainda neste mesmo caso decidiu-se que o deslocamento de competência exige

demonstração concreta de risco de descumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais firmados pelo Brasil, resultante da inércia, negligência, falta de vontade política ou de condições reais do Estado-membro, por suas instituições, em proceder à devida persecução penal.¹⁰¹

Porém, em que pese o posicionamento do STJ favorável ao uso do IDC (nas balizas vistas acima), houve a propositura de duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade perante o STF, a ADI 3.493 e a ADI 3.486 (ambas relatadas pelo Min. Menezes Direito), promovidas por entidades de classe de magistrados. Na visão de seus críticos, a federalização das graves violações de Direitos Humanos gera amesquinamento do pacto federativo, em detrimento ao Poder Judiciário Estadual e ainda violação do princípio do juiz natural e do devido processo legal.

Contudo, o federalismo brasileiro não é imutável: ofende as cláusulas pétreas de nossa Constituição a emenda que *tenda a abolir* o pacto federativo, mas não emenda que apenas torne coerente o seu desenho. Seria incoerente permitir que a continuidade da situação anterior: a CF/88 reconhecia a existência de órgãos judiciais internacionais de Direitos Humanos (vide o art. 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias), mas tornava missão quase que impossível a defesa brasileira e a implementação das decisões destes processos internacionais. Houve caso em que o Brasil nem defesa apresentou perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, pela dificuldade da União Federal em obter informações dos entes federados. No que tange à prevenção, o desenho anterior impedia uma ação preventiva que evitasse a responsabilização internacional futura do Brasil, uma vez que os atos danosos eram dos entes federados. Assim, a EC 45/04 apenas aperfeiçoou o desenho do federalismo brasileiro, adaptando-o às exigências da proteção internacional de Direitos Humanos (proteção esta desejada pela CF/88).

Além disso, defendo a inexistência de ofensas ao devido processo legal e juiz natural pelo “deslocamento” uma vez que o próprio texto constitucional original convive com tal instituto. De fato, há a previsão de “deslocamento de competência” na ocorrência de *vício de parcialidade* da magistratura: é o caso do art. 102, inc. I, n da CF/88, que permite deslocar ao STF processo no qual juízes de determinado tribunal local sejam alegadamente suspeitos. No mesmo diapasão, no caso de descumprimento de obrigações internacionais de Direitos Humanos pelos juízos estaduais, pode o STJ julgar procedente o IDC para a Justiça Federal. Para Ubiratan Cazetta, em excepcional

¹⁰¹ Disponível em: http://www.stj.gov.br/SCON/pesquisar.jsp?newsession=yes&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&livre=stang. Acesso em: 31 mar. 2008.

dissertação sobre o IDC, o referido instituto apenas “distribui, por critérios assumidos pelo Texto Constitucional, interpretados pelo STJ, a competência entre as justiças comum estadual e federal”.¹⁰²

As duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade estão em trâmite perante o STF, mas, como bem pontua Ubiratan Cazetta:

[...] O objetivo do IDC não é, apenas, de buscar alterar a situação de lides internacionais já instaladas ou de descumprimento já configurado, mas, sim, de estabelecer um mecanismo preventivo, para evitar a própria configuração da responsabilidade internacional ou, em outros termos, garantir que a efetivação dos Direitos Humanos seja plena em território nacional, afastando a crítica internacional.¹⁰³

Com isso, neste momento de reanálise do Direito Internacional dos Direitos Humanos pelo STF, devemos valorizar a inovação trazida pelo Poder Constituinte Derivado, que reconheceu a fragilidade normativa anteriormente existente, na qual atos de entes federados eram apreciados pelas instâncias internacionais de Direitos Humanos sem que a União, em seu papel de representante do Estado Federal, pudesse ter instrumentos para implementar as decisões internacionais ou mesmo para prevenir que o Brasil fosse condenado internacionalmente.

O novo § 5º do art. 109, então, está em plena sintonia com os comandos de proteção de Direitos Humanos da CF/88 e ainda com a visão dada ao instituto da responsabilidade internacional dos Estados Federais pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Caberá ao STF dar a palavra final ao julgar as duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade. Pelo que foi acima exposto, a reforma constitucional não ofende o federalismo: antes permite o equilíbrio, por meio de um instrumento processual cuja deliberação está nas mãos de tribunal de superposição, o STJ, e ainda assegura que o Estado Federal possua mecanismos para a correto cumprimento das obrigações internacionais contraídas.

7. Pelo diálogo das cortes e o exemplo do encontro das supremas cortes do Mercosul

O uso de tratados internacionais de Direitos Humanos para a fundamentação de decisões do STF não é novidade. Após a redemocratização e a edição da CF/88, o Brasil ratificou diversas convenções internacionais de Direitos Humanos, entre elas a

¹⁰² CAZETTA, U. *O incidente de deslocamento de competência*: em defesa de sua constitucionalidade. 2007. Dissertação (Mestrado) – Instituto de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Pará, Belém.

¹⁰³ Id. Ibid.

Convenção Americana de Direitos Humanos (incorporado internamente em 1992) e o *PIDCP* (incorporado internamente em 1992).

Além disso, a redação do art. 5º, § 2º da CF/88 levou a parte da doutrina a reconhecer a natureza constitucional destes tratados, o que motivou os operadores do Direito a invocarem o seu uso perante o Poder Judiciário e, naturalmente, perante o STF.

Assim, colacionam-se diversos casos envolvendo a interpretação destes tratados internacionais de Direitos Humanos nas mais variadas matérias jurídicas no STF.

Para comprovar tal afirmação, bastou o uso singelo da ferramenta de pesquisa no *site* do STF, com o tema “convenção americana de Direitos Humanos” e obtivemos acórdãos sobre: prisão do depositário infiel, duplo grau de jurisdição, uso de algemas, crimes hediondos e individualização da pena, presunção de inocência, videoconferência no processo penal, direito a recorrer em liberdade no processo penal, duração prolongada e abusiva da prisão cautelar, direito de audiência e o direito de presença do réu, entre outros.¹⁰⁴

Por outro lado, é extremamente difícil encontrar repercussão no STF das decisões internacionais de Direitos Humanos oriundas de órgãos em relação aos quais o Brasil reconhece a jurisdição. Mesmo quando se discute o alcance e sentido de determinada garantia da *Convenção Americana de Direitos Humanos* não se busca verificar qual é a posição de seu intérprete, a saber, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, cuja jurisdição obrigatória o Brasil já reconhece desde 10 de dezembro de 1998.

Como exemplo, cite-se o HC 82.959,¹⁰⁵ no qual se discutiu a mudança de orientação do STF e foi decidida a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90. Várias foram as decisões citadas, entre elas, os casos *Plessy vs. Ferguson*, *Brown vs. Board of Education*, *Mapp vs. Ohio*, *Linkletter vs. Walker*, da Suprema Corte dos Estados Unidos da América e o *Caso Markx* da Corte Européia de Direitos Humanos.

Contudo, em que pese a Corte Interamericana de Direitos Humanos já possuir vasto repertório sobre o devido processo legal e os cânones de interpretação *pro homine*, raramente seus casos são mencionados.

Mesmo quando se discute o estatuto normativo da *Convenção Americana de Direitos Humanos* (equivalente à lei ordinária federal, supralegal ou natureza constitucional), não se menciona a *Opinião Consultiva n. 14* da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que afirma que a *Convenção Americana de Direitos Humanos* deve ser cumprida, em qualquer hipótese, em nome da proteção de Direitos Humanos, mesmo que contrarie dispositivo constitucional menos protetivo (se for mais protetivo, impera o art.

¹⁰⁴ A citada pesquisa foi efetuada em 19 de março de 2008, com a localização de 79 acórdãos. Vide www.stf.gov.br.

¹⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 82.959/SP. Paciente: Oseas de Campos. Impetrante: Oseas de Campos. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 23/02/2006. Publicado em 01/09/1996.

29 da própria *Convenção Americana de Direitos Humanos*, que favorece a aplicação da norma interna mais benéfica). Ou seja, não se menciona, até o momento, o *garante* maior das normas internacionais de Direitos Humanos impostas ao Estado, que são os órgãos internacionais criados pelos tratados e aos quais o Brasil reconheceu a jurisdição.

A situação é mais dramática nos casos da Corte Interamericana de Direitos Humanos, da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, do Comitê pela Eliminação de toda forma de Discriminação contra a Mulher e do Comitê pela Eliminação de toda forma de Discriminação Racial.

É que, nestes casos, o Brasil expressamente reconheceu a competência de órgãos judiciais ou quase-judiciais internacionais em apreciar casos de violação aos tratados respectivos. Não seria razoável, por exemplo, ao julgar a aplicação de determinado artigo da *Convenção Americana de Direitos Humanos*, o STF optasse por interpretação não acolhida pela própria Corte Interamericana de Direitos Humanos, abrindo a possibilidade de eventual sentença desta Corte contra o Brasil.

De fato, não atenderia aos comandos dos próprios tratados ignorar a posição dominante dos órgãos encarregados justamente da interpretação de seus dispositivos. O mesmo ocorre no Judiciário brasileiro: não atende aos encômios da boa jurisdição o comportamento de alguns juízos que ignoram a posição consolidada do STF, o que só onera a parte prejudicada, que por certo recorrerá e ganhará naquele Tribunal.

A menção aos precedentes destes órgãos internacionais de Direitos Humanos na jurisprudência do STF é mais um passo a ser dado na valorização do Direito Internacional dos Direitos Humanos perante nossa Suprema Corte.

Desde 2001, com nosso livro *Direitos Humanos em Juízo – Comentários aos Casos contenciosos e consultivos da Corte Interamericana de Direitos Humanos*,¹⁰⁶ há intensa discussão doutrinária sobre casos concretos e opiniões consultivas da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que contou até, por muitos anos, com a ativa participação do jurista brasileiro Antônio Augusto Cançado Trindade (que foi inclusive seu presidente).

Por isso pugnamos por um *diálogo entre as Cortes*, uma vez que ambas – STF e Corte Interamericana de Direitos Humanos – cumprem a mesma missão de assegurar o respeito à dignidade humana e aos direitos fundamentais. Neste sentido, o exemplo das atividades coordenadas pelo STF no que tange ao Mercosul pode ser útil.

Neste caso, o STF coordena anualmente o Encontro das Supremas Cortes do Mercosul no qual são debatidas e buscadas soluções visando a implementação e uniformização da normativa Mercosul no âmbito dos Poderes Judiciários dos Estados

¹⁰⁶ RAMOS, A. de Carvalho. *Direitos humanos em juízo*. cit.

membros. Tal iniciativa incorporou o Judiciário às discussões sobre o Mercosul e, em especial, sobre a necessidade de cumprimento de suas normas e dos laudos arbitrais eventualmente prolatados sob a égide do *Protocolo de Olivos*, que inclusive criou um Tribunal Permanente de Revisão do bloco.¹⁰⁷

No caso da decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos (e, por extensão, para evitar futuras ações em tal Corte, dos informes e medidas cautelares da Comissão Interamericana de Direitos Humanos) sugere-se a instalação de foro ou secretaria permanente unindo os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, além do Ministério Público Federal, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), Conselhos nacionais do Ministério Público e da Justiça, de modo a instar os responsáveis pela implementação dos comandos internacionais a agir.

8. Conclusão: tomar a sério os blocos de constitucionalidade e supralegalidade de Direitos Humanos

Após a adesão brasileira a mecanismos internacionais de averiguação de respeito a normas de Direitos Humanos, cabe agora compatibilizar a jurisprudência do STF sobre os diversos direitos protegidos com a posição hermenêutica dos citados órgãos internacionais.

Devemos tomar à sérios o controle de convencionalidade, bem como fazer valer os blocos de constitucionalidade e supralegalidade reconhecidos pelo STF após o RE 466.343. Assim, a postura do STF será plenamente condizente com os compromissos internacionais de adesão à jurisdição internacional de Direitos Humanos assumidos pelo Brasil, superando a tradicional fase da “ambigüidade”, na qual o Brasil ratificava os tratados de Direitos Humanos, mas não conseguia cumprir seus comandos normativos interpretados pelos órgãos internacionais.

A nova postura do STF no que tange aos tratados internacionais de Direitos Humanos permite vislumbrar um futuro promissor no relacionamento de nossa Corte Maior com os órgãos internacionais de proteção judicial ou quase-judicial de Direitos Humanos, em especial a Comissão e a Corte Interamericanas de Direitos Humanos.

Afinal, estamos em plena época de mutações e de um direito internacional pós-moderno *envolvante e com foco no indivíduo*. Como sustenta Casella “a percepção das mutações, em curso no contexto pós-moderno, deverá ensejar visões simultaneamente mais abrangentes e mais flexíveis, a respeito do direito internacional e do papel deste como

¹⁰⁷ Ver sobre a atuação do STF no que tange ao Mercosul em <http://www.stf.gov.br/encontro4/>, último acesso em 01 de fevereiro de 2007.

regulador do contexto internacional. Mudou o mundo; resta adaptar de modo conseqüente seus instrumentos reguladores”¹⁰⁸.

Por isso, é extremamente importante a continuidade da divulgação desta mudança importante no estatuto normativo dos tratados internacionais no Brasil e da possibilidade do uso da jurisprudência internacional de Direitos Humanos nos diversos processos judiciais relativos a Direitos Humanos em curso no STF.

São Paulo, 30 de junho de 2009.

Referências

- ARAUJO, N. de. A influência das opiniões consultivas da Corte Interamericana de Direitos Humanos no ordenamento jurídico brasileiro. In: MENEZES DIREITO, C. A., TRINDADE, A. A. Cançado; PEREIRA, A. C. A. (Orgs). *Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Celso D. de Albuquerque Mello*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2008. p. 575-594.
- BASTOS, C.; MARTINS, Y. G. da S. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1988-1989.
- BERNAL PULIDO, C. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.
- CASELLA, Paulo; ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Nascimento e. *Manual de direito internacional público*. 16. ed. refor. São Paulo: Ed. Saraiva, 2008.
- CAZETTA, U. *O incidente de deslocamento de competência: em defesa de sua constitucionalidade*. 2007. Dissertação (Mestrado) – Instituto de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Pará, Belém.
- COHEN-JONATHAN, G. Article 10. In: PETTITI, L-E.; DECAUX, E.; IMBERT, P. *La convention européenne des droits de l'homme*. Commentaire article par article. Paris: Economica, 1995. p. 367-408.
- DAMIA, Fábila Lima de Brito. *O direito de acesso das pessoas com deficiência ao processo eleitoral*. 2006. (Tese de Láurea) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.
- FRANCISCO, José Carlos. Bloco de constitucionalidade e recepção dos tratados internacionais. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora (Orgs.). *Reforma do judiciário analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005. p. 99-105.

¹⁰⁸ CASELLA, Paulo Borba; ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Nascimento e. *Manual de direito internacional público*. 16. ed. refor. São Paulo: Ed. Saraiva, 2008.

MERCADANTE, A. de A. Processualística internacional e a Constituição de 1988. In: CASELLA, P. B. (Coord.) *Contratos internacionais e o direito econômico no Mercosul*. São Paulo: LTr, 1996. p. 487 e ss.

PAOLILLO, F. H. Derechos Humanos e reparación (con especial referencia al sistema interamericano). In: TRINDADE, A. A. Cançado; SWINARSKI, C. (Eds.). *Héctor Gros Espiell: Amicorum Liber: Persona humana y derecho internacional/Personne humaine et droit international / The human person and international law*. Brussels: Bruylant, 1997. p. 983-1.006.

PIOVESAN, F. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996.

RAMCHARAN, B. G. *The concept and present status of international protection of human rights: forty years after the universal declaration*. Dordrecht: Martius Nijhoff Publishers, 1989.

RAMOS, A. de Carvalho. Análise Crítica dos casos brasileiros Damião Ximenes Lopes e Gilson Nogueira de Carvalho na Corte Interamericana de Direitos Humanos. *II Anuário Brasileiro de Direito Internacional*, Belo Horizonte: CEDIN, 2007. p. 10-31.

_____. *Direitos humanos em juízo: comentários aos casos contenciosos e consultivos da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. São Paulo: Ed. Max Limonad, 2001.

_____. O impacto da convenção americana de direitos humanos na relação do direito internacional e do direito interno. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília - DF, v. 4, 2002.

_____. Mandados de criminalização no direito internacional dos direitos humanos: novos paradigmas da proteção das vítimas de violações de direitos humanos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 14, n. 62, 2006, p. 09-55, set./out. 2006.

_____. *Processo internacional de direitos humanos: análise dos sistemas de apuração de violações dos direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2002.

_____. *A responsabilidade internacional do Estado por violação de direitos humanos*. Tese de doutorado defendida perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (Largo São Francisco), 1999.

_____. *Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2004.

_____. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2005.

ROCHA, F. L. X. A incorporação dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos no direito brasileira. *Revista de Informação Legislativa*, São Paulo, n. 130, p. 77-81, 1996.

ROHT-ARRIAZA, N. (Org.). *Impunity and Human Rights in International Law and Practice*. New York;Oxford: Oxford University Press, 1995.

SOARES, G. F. S. *Curso de direito internacional público*. São Paulo: Ed. Atlas, 2002.

SUDRE, F. L'interdiction de l'avortement: le conflit entre le juge constitutionnel irlandais et la Cour européenne des droits de l'homme. *Revue Française de Droit Constitutionnel*, n. 13, p. 216 e ss, 1993.

TRINDADE, A. A. Cançado. *O direito internacional em um mundo em transformação*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2002.

_____. A interação entre direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos. *Arquivos do Ministério da Justiça*, Brasília, n. 182, p. 27-54, 1993.

_____. *A proteção internacional dos direitos humanos*. Fundamentos e instrumentos básicos. São Paulo: Ed. Saraiva, 1991.

_____. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997. v. 1.

VELLOSO, C. M. Os tratados na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Revista de Informação Legislativa*, a. 41, n. 162, p. 35-46, abr./jun. 2004.